Die Bedeutung des Besitzes für das Fundrecht

des B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät

der

Universität Leipzig

eingereicht von

Otto Gerber

Referendar in Bonn a. Rhein.

Berlin 1906

Druck von A. W. Hayn's Erben.

Meinem Onkel,

Herrn Geheimen Regierungsrat

Dr. jur. Max von Sandt

zu Berlin,

in Verehrung und Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535715_0075

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung.

§ 1. 1. Geschichtliche Vorbemerkungen. 1

2. Der Fundbegriff des B.G.B. im allgemeinen. 3

Ausführung.

§ 2. A. Das Besitzrecht ist von grundlegender Bedeutung für den gesetzlichen Tatbestand des Fundes, nämlich

1. für den Begriff der „verlorenen Sache“. . . . 6

a) Verloren ist eine Sache, die ihrem letzten Inhaber ohne seinen Willen abhanden gekommen ist: Der Begriff des „Verlierens“ deckt sich nicht mit dem Begriffe des unfreiwilligen Besitzverlustes.

§ 3. b) Damit aber die Sache Gegenstand des Fundes werden könne, ist weiterhin erforderlich, dass sie besitzfrei sei: 13

α. Der bis zur Zeit des Verlierens bestehende Besitz muss erloschen sein.

§ 4. β. Es darf inzwischen kein neuer Besitz entstanden sein 21

§ 5. 2. Der Finder erlangt dadurch, dass er die Sache „an sich nimmt“, den Besitz, und zwar den alleinigen Besitz, der Sache. 27

a) Wer nicht den Besitz der Sache erlangt, erwirbt auch nicht die Rechtsstellung des Finders; das gilt insbesondere:

α. für einen Besitzdiener, ... 30

β. für einen bloss „momentanen Inhaber“. 33

§ 6. b) Der Finder verschafft dem Verlierer durch den Fund nicht den mittelbaren Besitz. 36

Seite

§ 7. B. Der Besitz spielt ferner eine wichtige Rolle in dem durch den Fund begründeten Rechtsverhältnisse zwischen den Empfangsberechtigten und dem Finder. 41

1. Der Begriff des „Empfangsberechtigten". . . . 42

a) Empfangsberechtigter ist, wer gegen den Finder als den Besitzer der Sache einen Anspruch auf Herausgabe hat; dieser Anspruch kann beruhen auf Eigentum oder sonstigem dinglichem Recht, insbesondere auch auf früherem Besitz.

b) Der „Verlierer" als solcher ist nicht Empfangsberechtigter, sondern gleichsam bloss ein gesetzlicher solutionis causa adiectus. Zurückzuweisen ist 43

α. die Annahme, dass ein Besitzdiener überhaupt nicht als Verlierer gelten könne. 44

β. die Ansicht, dass der Verlierer durch den Wortlaut des § 969 B.G.B. einen Herausgabeanspruch erhalten habe. . . 46

§ 8. 2. Endlich ist zu untersuchen, wie sich der Besitz des Finders gegenüber dem Eigentumsanspruche darstellt. 50

a) Die Bedeutung dieser Frage ergibt sich aus der Konkurrenz der Ansprüche, die den Empfangsberechtigten aus verschiedenen rechtlichen Gründen gegen den Finder erwachsen können; es sind dies zunächst

α. die spezifisch fundrechtlichen Ansprüche. 52

β. die Ansprüche aus unerlaubter Handlung. 53

Die letzteren können jedoch praktisch nicht durchgeführt werden, weil der Finder Besitzer der Sache ist und die Beziehungen zwischen Besitzer und Eigentümer durch die §§ 985 ff. B.G.B. erschöpfend geregelt sind. 55

§ 9. b) Der Finder ist aber auch schon in seiner Eigenschaft als Besitzer dem Eigentümer für schuldhafte Beschädigung der Sache verantwortlich und in diesem Sinne malae fidei possessor. 57

α. Die Ansicht, dass jeder Besitzer, der

Seite

sich — ohne grobe Fahrlässigkeit — für zum Besitze berechtigt hält, als gutgläubiger Besitzer beliebig mit der Sache verfahren dürfe, kann nicht gebilligt werden.

§ 10. β. Andererseits haftet der Finder — auch der unredliche — dem Eigentümer niemals nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen; denn er kann den Besitz nicht durch verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung erlangen. . . 64

c) Die Ansprüche aus dem Eigentume haben indessen neben den spezifisch fundrechtlichen Ansprüchen nur subsidiäre Geltung; auch hier besteht kein Unterschied zwischen dem redlichen und dem unredlichen Finder. 70

Schluss.

§ 11. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse. 72

§ 1.

Das Fundrecht ist eines der streitigsten Kapitel im heutigen Bürgerlichen Recht, und zwar sind es gerade die wichtigsten Grundregeln, über welche die grösste Uneinigkeit herrscht. Das ist wohl kein Zufall und auch nicht die Schuld der Gesetzgebung, wie vielfach behauptet wird.[1]) Die Schwierigkeiten sind vielmehr in der geschichtlichen Entwickelung begründet.

Der Fund ist ein Rechtsinstitut deutschen Ursprungs. Der Gedanke, dem Eigentümer die Wiedererlangung verlorener Sachen zu erleichtern und eventuell die Eigentumsverhältnisse neu zu regeln, ist uralt. Es finden sich namentlich ausführliche Bestimmungen aus verschiedenen Perioden des Mittelalters, wonach die Sache ganz oder zum Teil dem Könige, den königlichen Beamten, der Gerichts-, Vogtei- oder Grundherrschaft, der Obrigkeit zufallen soll, wenn sich binnen bestimmter Zeit kein Verlierer gemeldet hat.[2]) In dem fiskalischen Interesse der betreffenden Obrigkeit lag wohl hauptsächlich der Grund, weshalb sich die deutsche Gesetz-

---

[1]) Brückmann (Archiv f. Bürg. R., Bd. 23 S. 322) nennt das Fundrecht „eins der wenigen im wesentlichen missglückten Kapitel des B.G.B.“, Cosack (Lehrbuch II S. 140) macht dem Gesetze den Vorwurf, es habe „den Begriff des ‚Finders‘ und der ‚Fundsache‘ in tiefes Dunkel gehüllt“, und Silberschmidt (Blätter f. Rechtsanwendung 1903, S. 109) stimmt dem bei.

[2]) Vgl. Stobbe-Lehmann II I, S. 599 und die dort zitierten Rechtsquellen.

gebung verhältnismässig viel mit dem Fundrecht beschäftigte. Das öffentliche Recht beherrschte den Fund.[1])

Erst unter dem Einflusse des modernen Verkehrs ist der Fund zu einem rein privatrechtlichen Institut geworden.[2]) In den primitiven bäuerlichen Verhältnissen der älteren Zeit war, wie es scheint, die Gefahr einer Fundunterschlagung gering; sie wuchs mit der Entwickelung des Wirtschaftslebens. Demgemäss zeigt sich in den Kodifikationen der Neuzeit das Bestreben, den ehrlichen Finder zu begünstigen, indem man ihm allgemein die Aussicht auf den Eigentumserwerb gab und ihm teilweise auch einen Finderlohn zusicherte.[3]) Das ist auch der Standpunkt des B.G.B. Es hat zunächst dem Finder im Interesse des Eigentümers eine Reihe von Verpflichtungen auferlegt, zugleich aber diese Verpflichtungen nach Möglichkeit erleichtert — in der Erwägung, dass sonst gerade die gewissenhaften Leute es scheuen würden, sich mit dem Aufnehmen verlorener Sachen zu befassen.[4]) Auch den Eigentumserwerb des Finders und seinen Anspruch auf den Finderlohn hat es entsprechend den älteren Rechten geregelt.

Dem römischen Rechte war eine derartige Ausbildung des Fundrechts völlig fremd. Die wenigen Digestenstellen, die von verlorenen Sachen handeln,[5])

---

[1]) Ein Rest des älteren Rechtszustandes findet sich noch im preuss. A.L.R. I 9 § 44—46.

[2]) Auch die Rezeption des römischen Rechts wirkte in dieser Richtung; vgl. Delbrück (Jahrb. f. Dogmatik Bd. 3, S. 52 f.).

[3]) Vgl. z. B. preuss. A.L.R. I 9 § 62—65, österr. G. B. § 392, sächs. B.G.B. § 239 ff.

[4]) Ein Gegenstück zu dieser Erwägung bildet die bekannte geschichtliche Erfahrung, dass ein laxes Schuldrecht keineswegs dem Interesse der Schuldner dient: sie erhalten dann keinen Kredit.

[5]) Spornberger (S. 3 ff.) stellt sie zusammen und sucht daraus gleichsam ein römisches Fundrecht zu konstruieren, während dort in Wahrheit nur Besitzfragen erörtert werden.

beweisen nur, dass es an speziellen Rechtssätzen für diese Materie gefehlt hat. Das einzige Rechtsinstitut der Römer, welches Aehnlichkeit mit dem Erwerbe kraft Finderrechts zeigte, war die Ersitzung, und daher wurde nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland der Funderwerb zunächst als eine besondere Art der Usucapio behandelt.[1]) Erst im Laufe des neunzehnten Jahrhunderts drang die Erkenntnis durch, dass es sich um eine ganz eigenartige, spezifisch deutschrechtliche Einrichtung handle.[2]) Es entstand nun die grosse Schwierigkeit, den deutschen Fundbegriff in das romanistische Rechtssystem einzufügen. Insbesondere galt es, das Besitzrecht, welches die ganze Fundlehre durchdringt, mit dieser in Einklang zu bringen.[3])

Wie hat die moderne Wissenschaft und besonders die Gesetzgebung diese Aufgabe zu lösen gesucht?

Es wird sich zeigen, dass keine der fundamentalen Fragen des Fundrechts erschöpfend beantwortet werden kann, wenn nicht zugleich die entsprechenden Gebiete des Besitzrechts erörtert werden.

Das gilt nicht zum wenigsten für das Problem, welches „gleichsam im Herzen der ganzen Fundlehre sitzt“:[4]) den Begriff des Findens und der verlorenen Sache.

Die sedes materiae ist § 965 B.G.B. Dort wird als Finder definiert, „wer eine verlorene Sache findet und an sich nimmt“. In den Verhandlungen der Reichstags-

[1]) Ebenso verfuhr man mit den meisten deutschen Rechtsgebilden; man denke z. B. an die Stammgüter, auf die man die Grundsätze der römischen Fideïcommisse übertrug.

[2]) Vgl. Delbrück S. 36, Ihering (Besitzwille) S. 422 ff, auch Sieveking S. 23 f.

[3]) Unser heutiges Besitzrecht ist im wesentlichen römischen Ursprungs, wenn es auch starke Spuren der Einwirkung des deutschen Rechts aufweist. Vgl. darüber besonders Gierke, Deutsches Privatrecht, II § 114.

[4]) Brückmann S. 322.

kommission wurde beantragt,[1]) hinter den angeführten Worten noch ausdrücklich das Wort „(Finder)“ einzuschalten, wie es bei vielen Definitionen des B.G.B. geschehen ist.[2]) Der Antrag wurde zwar abgelehnt, aber mit dem Bemerken, dass die Frage nur eine redaktionelle Bedeutung habe.

Vielleicht empfand man damals bereits, dass durch den Zusatz eine Inkonsequenz, welche in der Ausdrucksweise des Gesetzes liegt, noch schärfer zutage getreten wäre. Nach dem Wortlaute des § 965 ist nämlich nicht jeder, der eine Sache „findet“, als „Finder“ zu betrachten, sondern es muss noch die Besitzergreifung hinzukommen.[3]) Das wird besonders deutlich, wenn bei dem Vorgange mehrere Personen beteiligt sind; man setze den Fall, dass A. die Sache zuerst wahrgenommen und darauf B. sie an sich genommen habe: dann hat A. sie im Sinne des Gesetzes „gefunden“, die Rechtsstellung des „Finders“ aber erlangt nach dem Willen des Gesetzes offenbar nicht A. sondern B. Ohne Zweifel wird durch diesen Doppelsinn der Gesetzessprache die Auslegung erschwert. Es wäre wohl zweckmässiger gewesen, wenn das Gesetz, um die sinnliche Wahrnehmung allein zu bezeichnen, einen anderen Ausdruck gewählt hätte. In der Bestimmung über den Schatz (§ 984), wo es bloss auf die Wahrnehmung ankommt, hat das Gesetz in richtiger Erkenntnis jenes Gegensatzes das Wort „finden“ durch „entdecken“ ersetzt.[4])

Inhaltlich bedarf der Begriff des „Finders“ im Sinne von § 965 keiner ausführlichen Erklärung. Finden

[1]) Mugdan, Ges. Materialien z. B.G.B., III S. 1001.

[2]) Vgl. z. B. §§ 93, 121, 183, 184, 194, 368, 398, 421, 462 B.G.B.

[3]) Vgl. Müller (die rechtl. Stellung des Finders) S. 12.

[4]) Vgl. Protokolle (Mugdan III) S. 666. Der I. Entw. hatte das Recht des Entdeckers an die Besitzergreifung geknüpft und sprach demgemäss auch von einem „Finder“ des Schatzes.

heisst: eine Sache wahrnehmen, von der man zuvor nicht gewusst hat, dass sie sich an dem betreffenden Orte befinde.[1]) Dazu ist nicht erforderlich, dass man die Sache selber zuerst entdeckt: ob ein anderer die Sache schon vorher bemerkt hat, macht keinen Unterschied.[2]) Es besteht auch kein Zweifel darüber, dass nur eine körperliche, bewegliche Sache Gegenstand des Fundes werden kann. Das geht schon äusserlich daraus hervor, dass das Fundrecht vom B.G.B. unter dem Titel über den „Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen" behandelt wird. Dass die Sache eine fremde sein muss, ist ebenfalls selbstverständlich: Wenn der Eigentümer seine eigene Sache findet, so ist für das typische Rechtsverhältnis, welches der Fund zwischen „Finder" und „Empfangsberechtigten" erzeugt, kein Raum. Dasselbe gilt, wenn eine herrenlose, z. B. eine derelinquierte Sache gefunden wird.[3])

Streitig ist nur die Frage, wodurch eine Sache zu einer verlorenen wird, und was überhaupt unter einer verlorenen Sache im Sinne des § 965 zu verstehen ist.

---

[1]) In der älteren Literatur findet sich die Ansicht, ein Finden im Rechtssinne liege nicht vor, wenn sich „der Akt des Verlierens vor den Augen des Finders abgespielt habe". Diese Ansicht ist unbegründet (vgl. Spornberger S. 15). Freilich wird unter solchen Umständen häufig kein Fund vorliegen, weil es an einer Besitzergreifung auf seiten des Finders mangelt (S. unten S. 34 f).

[2]) Sieveking (S. 3) stellt noch das Erfordernis auf, die Sache müsse sich in einem solchen Zustande befinden, dass man ihrer habhaft werden könne. Diese Feststellung ist wertlos. Denn wenn eine Besitzergreifung ausgeschlossen ist, so können die rechtlichen Wirkungen des Fundes ohnehin nicht eintreten — mag man nun ein „Finden" annehmen oder nicht.

[3]) Hält der Finder die herrenlose Sache für eine verlorene, so wird er nach § 958 B.G.B. erst Eigentümer, wenn er sie in Eigenbesitz nimmt: der redliche Finder also in der Regel erst nach Ablauf eines Jahres — der unredliche dagegen sofort!

§ 2.

Für die Bestimmung des Begriffes der „verlorenen Sache“ lässt sich aus dem Gesetze selbst nur wenig gewinnen. Zwar gebraucht das B.G.B. — wie Brückmann hervorhebt[1]) — „die Ausdrücke ‚Verlieren‘ und ‚Verlust‘ in mannigfachen Zusammenhängen. Rechtsfähigkeit, Rechte, Ansprüche, Einreden, Spiele, die elterliche Gewalt, Befugnisse aller Art gehen nach dem B.G.B. ‚verloren‘, Aufgebote ‚verlieren‘ ihre Kraft, Gesellschaften erleiden ‚Verluste‘, durch ‚Verluste‘ mindern sich Einlagen; aber alles dies ist unerheblich und kann in unserer Sache nicht verwertet werden, weil wir es lediglich mit den ‚verlorenen Sachen‘ zu tun haben“.

Für unsere Untersuchung kommen höchstens die §§ 935, 1006, 1007 in Betracht; es sind dies die Bestimmungen, in denen das deutschrechtliche Hand-wahre-Hand-Prinzip Ausdruck gefunden hat. In den genannten Paragraphen werden die „verloren gegangenen“ Sachen neben den „gestohlenen“ als Beispiele für den höheren Begriff der „abhanden gekommenen“ Sachen erwähnt. Mit dem Ausdrucke „abhanden kommen“ bezeichnet das B.G.B. — ebenso wie das H.G.B. § 367 — den unfreiwilligen Besitzverlust.[2]) Es ist demnach anzunehmen, dass das „Verlieren“ im Sinne von § 965 — ebenso wie das „Verloren gehen“ im Sinne der vorher zitierten Paragraphen — ein unabsichtlicher Vorgang sei. Das ist auch die herrschende Meinung[3]) und entspricht im allgemeinen der Billigkeit.

---

[1]) S. 334.

[2]) Vgl. Planck, Biermann Erl. zu § 935 B.G.B., Dernburg, Bürgerl. R., III S. 289 und neuerdings Crome, System, III S 85, Gierke II S. 245.

[3]) Vgl. z. B. Planck, Biermann Erl. zu § 965, Enneccerus-Lehmann II S. 191, Brückmann S. 343, Spornberger S. 6. — A. M. Gierke II S. 533; er bezeichnet als verloren jede „besitzfreie Sache, die vorher in jemandes Besitz gewesen war und durch

Indessen bedarf der Begriff des unabsichtlichen Verlustes m. E. noch einer Erweiterung. Vielfach findet man die Ansicht vertreten: wer seinen Besitz aufgebe, habe Dereliktionsabsicht; zum mindesten verdiene jemand, der „mutwillig“ [1]) eine Sache wegwerfe, nicht den rechtlichen Schutz, den das Gesetz dem Verlierer biete. Dieses Prinzip ist aber doch nur cum grano salis anzuwenden. Freilich: wer wie Polykrates seinen Ring ins Meer wirft, um den Neid der Götter zu versöhnen, wird kaum als „Verlierer“ gelten können. — Es kann aber doch auch vorkommen, dass jemand sich in einer Notlage gezwungen sieht, den Gewahrsam bezw. den Besitz aufzugeben, ohne dass er die Sache derelinquieren will. Man denke an den typischen Fall, dass der Schiffer in Seenot die Ladung über Bord wirft, um das Schiff zu erleichtern. [2]) Dieser Fall ge-

---

den Besitzverlust nicht herrenlos geworden ist“; eine so allgemeine Fassung des Begriffes mag de lege ferenda wünschenswert sein, entspricht aber nicht dem Sinne des geltenden Rechts. Dernburg (Bürger R. III S. 327) aber definiert die „verlorenen“ Sachen nur als solche, „welche der Gewahrsam ihres Besitzers derart entkommen sind, dass er nicht weiss, wo sie sich befinden“. Cosack (II S. 150 Z. 3) sieht sich ausser stande, mit einem einheitlichen Verlustbegriff auszukommen; ähnlich Buhl § 10.

[1]) Müller S. 13.

[2]) Die von Sieveking (S. 50) zitierten Digestenstellen haben freilich für unsere Frage keinen Wert; denn sie erörtern bloss die Frage, ob beim Seewurf eine Eigentumsdereliktion vorliege.

Es ist aber wohl zu beachten, dass es Fälle gibt, wo keine Dereliktion und andererseits doch eine freiwillige Besitzaufgabe, also kein „Verlieren“ vorliegt. Ein treffliches Beispiel bietet ein vom Oberlandesgericht Hamburg entschiedener Fall: In den Stadtanlagen von Bremen ist ein Brief gefunden worden, der den Geldbetrag einer Steuerhinterziehung enthielt und an den Senat der Stadt adressiert war. Das Gericht nimmt — freilich nur hypothetisch — an, der Schuldige habe den Brief absichtlich niedergelegt, damit ein beliebiger Dritter ihn finde und der Behörde abliefere. Daraufhin entscheidet es mit Recht: es liege kein

hört freilich dem Seerechte an; aber warum sollte sich nicht Aehnliches auf dem Festlande zutragen können? Z. B.: im fahrenden Eisenbahnzuge fängt eine Reisetasche Feuer, und der Besitzer wirft sie, in der Furcht vor einem grösseren Brande, zum Fenster hinaus, obgleich sich vielleicht ein wertvoller Schmuck darin befindet. Hier liegt zwar, streng genommen, eine absichtliche Aufgabe des Besitzes vor; aber der Laie wird mit richtiger Würdigung der Verhältnisse von einem unfreiwilligen Verluste reden; und auch der Jurist wird in einem solchen Falle, ohne dem Wortlaute des Gesetzes entgegenzutreten, die Sache als „verlorene" betrachten und demgemäss das Fundrecht zur Anwendung bringen können.[1])

Mit dem Gesagten ist der Begriff des Verlierens noch nicht erschöpft. Wenn es auch feststeht, dass ein unabsichtlicher Verlust[2]) — ein „Abhandenkommen" im Sinne des Gesetzes — vorliegen muss, so entsteht doch

---

Fund vor; denn das Niederlegen sei kein „Verlust" sondern eine — freilich recht sonderbare — Tradition. (Dass inzwischen der Besitz eine Zeitlang erloschen wäre, würde die Wirksamkeit der Tradition nach der heute herrschenden Ansicht nicht hindern; vgl. Biermann, Erl. 2, a, α, zu § 929 B.G.B.).

Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 59 Nr. 104.

[1]) Diese Entscheidung stimmt mit Dernburg (III S. 289) und Crome (III S. 212) überein. In dem von ersterem zitierten Falle ist es allerdings zweifelhaft, ob wirklich ein Besitzverlust vorliegt, wie Biermann (Erl. 3 zu § 935) und Crome (a. a. O.) richtig hervorheben.

Unfreiwilliger Besitzverlust ist natürlich auch dann anzunehmen, wenn die Sache dem Besitzer durch Drohung abgenötigt wird (vgl. Planck, Erl. zu § 935). Dieser Fall kommt jedoch für das Fundrecht nicht in Betracht, weil hier die Sache sofort in den Besitz eines anderen zu gelangen pflegt.

[2]) Dass nicht nur der Gewahrsam, sondern auch der Besitz der Sache verloren gegangen sein muss, wird später noch näher zu erörtern sein (vgl. unten § 3). —

die Frage, ob auch umgekehrt jeder unfreiwillige Besitzverlust zugleich ein „Verlieren“ im Sinne von § 965 sei. Wäre dies der Fall, dann hätte man auch eine gestohlene Sache, deren der Dieb sich wieder entledigt hat, ferner eine vom unmittelbaren Besitzer (§ 868) oder vom Besitzdiener (§ 855) weggeworfene Sache[1]) als „verlorene“ zu betrachten; denn der Bestohlene hat ohne seine Einwilligung den Besitz verloren, desgleichen — so nehmen wir an — der bisherige mittelbare Besitzer bezw. der Besitzherr.[2]) Eine solche Verallgemeinerung des Begriffes entspricht aber nicht der Terminologie des Gesetzes. Der § 910 des I. Entw., der dem jetzigen § 965 entspricht, hatte neben den „verlorenen“ die „sonst abhanden gekommenen“ Sachen ausdrücklich erwähnt.[3]) Im II. Entw. ist dieser Zusatz indessen gestrichen worden, und es kann m.E. nicht die Aufgabe der Interpretation sein, ihn ohne weiteres wieder einzufügen.[4])

Wodurch sich des näheren das „Verlieren“ von den sonstigen Fällen des Abhandenkommens abhebt, darüber

---

[1]) Die vom unmittelbaren Besitzer absichtlich aufgegebenen Sachen gelten auch nicht als „abhanden gekommen“ im Sinne der §§ 935, 1006, 1007; bezüglich der vom Besitzhalter weggegebenen herrscht Streit (vgl. Crome III § 380 Anm. 28). Indessen kommen für das Fundrecht nicht ganz dieselben Gesichtspunkte in Betracht wie für das Hand-wahre-Hand-Prinzip! Wenn z. B. der Finder die Sache in Besitz genommen hat, so ist sie keine „verlorene Sache“ im Sinne von § 965 mehr, dagegen behält sie ihren Charakter als „verloren gegangene“ Sache, und wenn der Finder sie veräussert, erlangt auch der gutgläubige Dritte kein Eigentum

[2]) Diesen Schluss zieht, freilich zweifelnd, Planck (E. zu § 965).

[3]) Vgl. Motive (Mugdan) III S. 208.

[4]) Die Prot. geben über den Grund der Streichung keine Auskunft. Daraus lässt sich aber keineswegs der Schluss ziehen, dass es sich etwa um ein redaktionelles Versehen handele; man kann auch nicht annehmen, dass der Zusatz „lediglich der Kürze halber“ fortgelassen sei (Müller S. 17).

gibt nicht das Gesetz Auskunft, sondern der Sprachgebrauch des täglichen Lebens.

Gewöhnlich bezeichnet man als „verloren“ zunächst solche Sachen, die unserem Gewahrsam „entglitten“ [1]) sind — wie z. B. einen Handschuh, der unserer Tasche entfallen ist, — weiterhin aber alle Sachen, die durch Zufälle irgendwelcher Art ohne die bewusste Tätigkeit eines Menschen unserer tatsächlichen Gewalt entzogen sind.[2]) Jedenfalls wird man im Leben nie und nimmer eine Sache als verlorene bezeichnen, wenn der letzte Inhaber sich ihrer absichtlich entledigt hat.[3]) Der Laie würdigt nicht, ob der Verlierer die Sache als Besitzhalter, unmittelbarer Besitzer oder auf Grund verbotener Eigenmacht innegehabt hat, und wenn man etwa sagt: „Diese Sache scheint jemand verloren zu haben“, so meint man damit denjenigen, der sie zuletzt in Händen gehabt hat. Ob damit zugleich irgend ein anderer juristisch den Besitz verloren hat, oder ob die Sache vielleicht früher einmal einem anderen abhanden gekommen war: das spielt keine Rolle! Als „verloren“ bezeichnet man nur eine Sache, die ihrem letzten Inhaber ohne seinen Willen abhanden gekommen ist.[4])

---

[1]) Vgl. Brückmann S. 323.

[2]) Z. B. „die vom Wasser oder sonst durch Naturgewalt entführten Sachen, die entlaufenen Tiere usw.“ (Gierke II S. 245 Anm. 80). Verlorene Tiere erwähnt das B.G.B. selbst (§ 971).

[3]) Abgesehen von dem oben (S. 7 f.) erwähnten Falle, dass jemand sich einer Sache in einer Notlage entschlägt!

[4]) Entsprechend sagt Crome (III S. 384), verloren sei eine Sache, die „dem bisherigen Inhaber ohne seinen Willen . . . abhanden gekommen“ sei. Auch er hebt hervor, dass man Sachen, die der unmittelbare Besitzer oder der Besitzdiener fortwarf, „im Leben nicht als verlorene bezeichne“. Trotzdem scheint er bezüglich der vom Diebe aufgegebenen Sachen das Gegenteil anzunehmen (Anm. 12 eod.).

Biermann (Erl. 1 zu § 965) bemerkt, die tatsächliche Gewalt

Das Fundrecht des B.G.B. greift also nur dann zu Gunsten des früheren Besitzers ein, wenn der Besitzverlust durch reinen Zufall, durch einen unwillkürlichen Vorgang eingetreten ist, — nicht aber, wenn die Sache etwa gestohlen, unterschlagen oder in sonstiger Weise veruntreut worden ist.

Man könnte höchstens die Frage aufwerfen, ob man die Fundregeln nicht im Wege der Analogie auf andere abhanden gekommene Sachen anwenden könnte.[1]) Es mag ohne weiteres zugegeben werden, dass eine solche Ausdehnung in mancher Hinsicht wünschenswert sei — nicht nur im Interesse dessen, dem der Besitz entzogen worden ist, sondern vor allem im Interesse des Finders. Man denke an den Fall, dass der frühere Besitzer nicht aufzufinden ist: Ist nun die Sache keine „verlorene", so kann der Finder niemals Eigentum daran erwerben;[2]) und wenn er seine Pflichten gegen den unbekannten Eigentümer korrekt erfüllt, so bleibt die Sache als totes Kapital dem Verkehr entzogen.

Demgegenüber muss aber hervorgehoben werden, dass derselbe ungünstige Zustand auch in anderen Fällen eintreten kann, in denen überhaupt kein unfreiwilliger Besitzverlust stattgefunden hat. Z. B.: A. hat dem B. eine Sache in Verwahrung gegeben, sie

---

müsse eigentlich (?) in einer Weise verloren gehen, dass nicht zugleich ein anderer sie erlangt. Auch das trifft zu; denn: würde ein anderer sie erwerben, so würde eben dieser (z. B. der Dieb) der letzte Inhaber sein.

[1]) Eine Unterscheidung zwischen diesen Fragen vermisst man in der Literatur, obgleich sie in dogmatischer Hinsicht sehr wichtig ist: die Auslegung ist Sache der Logik, die Analogie dagegen grossenteils Sache des „juristischen Taktes".

[2]) Selbst nach 30 Jahren ist bloss die Klage des Eigentümers gegen ihn verjährt. Eine Ersitzung aber ist ausgeschlossen, weil er nicht in gutem Glauben ist (B.G.B. § 937 II).

aber aus irgendwelchen Gründen nicht zurück genommen. Wenn nun B. etwa den Aufenthaltsort des A. nicht kennt, so ist er vielleicht nie wieder in der Lage, sie dem Deponenten zurückzugeben, sondern dauernd mit dem Besitz der fremden Sache belastet. Die gleiche Situation kann entstehen, wenn jemand durch einen Irrtum, z. B. durch eine Verwechslung in den Besitz einer Sache gelangt ist.[1]) Erwähnt sei auch der vom Oberlandesgericht Hamburg entschiedene Fall,[2]) dass jemand vergrabenes Geld an sich genommen hat und der Eigentümer nicht zu ermitteln ist. Nach alledem haben wir kein Recht, anzunehmen, dass der ratio legis gemäss das Fundrecht auf alle irgendwie abhanden gekommenen Sachen anzuwenden sei. Es lässt sich aus dem Gesetze kein allgemeines Prinzip ableiten, welches diese Folgerung geböte.[3])

Die Anwendung des Fundrechtes auf Sachen, deren der letzte Inhaber sich entledigt hat, würde auch unter Umständen zu den grössten Schwierigkeiten führen: Wer sollte in einem solchen Falle als „Verlierer" im Sinne des Gesetzes gelten? Wenn z. B. ein Besitzdiener eine Sache ohne seinen Willen verloren hat, so ist er „Verlierer" im Sinne des Gesetzes, nicht etwa sein Besitzherr.[4]) Es würde aber unsinnig sein, ihm diese Rechtsstellung auch dann zu gewähren, wenn er die

---

[1]) Ob in diesem Falle ein freiwilliger Besitzverlust vorliegt, ist allerdings fraglich; vgl. Gierke II § 115 Anm. 8.

[2]) Rechtspr. der O.L.G. VI S. 117 f. Hier lag, solange das Geld noch vergraben war, überhaupt kein Besitzverlust vor.

[3]) Wenn Planck (Erl. 1a zu § 965) sagt, es sei der Zweck der betr. Vorschriften, jegliche „besitzerlose Sachen den Empfangsberechtigten zurückzuverschaffen etc.", so liegt darin eine unbegründete petitio principii.

[4]) Dieser Satz wird später noch zu beweisen sein. (Vergleiche unten S. 43 ff.).

Für den unmittelbaren Besitzer und den Dieb gilt das Gleiche.

Sache absichtlich aufgegeben hat. Andererseits würde es der Logik widerstreiten, in diesem Falle etwa den Besitzherrn als Verlierer gelten zu lassen: Entweder der Besitzdiener spielt gar keine Rolle; dann könnte er aber auch niemals als Verlierer gelten — ebensowenig wie etwa ein Hund, der den Spazierstock seines Herrn im Maule getragen hat —; oder der Besitzdiener ist das Subjekt des „Verlierens"; dann kommt es auch auf seine Willensrichtung an!

§ 3.

Wir haben bisher den Begriff des Verlierens von der subjektiven Seite betrachtet und gefunden, dass die tatsächliche Gewalt über die Sache ohne den Willen des letzten Inhabers aufgehört haben müsse. Im Zusammenhange damit muss ein weiteres Erfordernis erörtert werden, welches dahingeht, dass die Sache zu der Zeit, wo sie gefunden wird, objektiv besitzfrei sein müsse.

Von einigen Schriftstellern[1]) wird die Ansicht vertreten: die Sache müsse zwar aus dem Machtbereich des Verlierers getreten sein; ein Besitzverlust nach § 856 I B.G.B. sei aber nicht erforderlich. In erster Linie ist hier folgender Gedankengang zu betrachten, den Goldmann-Lilienthal in sehr markanter Weise zum Ausdruck gebracht hat: „Es ist . . möglich, dass eine Sache erst mit dem Augenblick des Findens, gerade dadurch, dass sie ein anderer an sich nimmt, verloren geht, so dass Verlieren und Finden in einen

[1]) Fischer-Henle, Erl. zu § 965 B.G.B., Buhl § 10, Crome III S. 384. — Dagegen Strohal (Ihering's Jahrb. Bd. 38) S. 23, Plank, Biermann, Erl. zu § 965 B.G.B., Gierke II, S. 533, Anm. 41, Rechtspr des O.L.G., VI, S. 117 f. u. a.

Moment zusammenfallen".[1]) Es ist m. E. nicht schwer, zu beweisen, dass hier ein Trugschluss vorliegt, der mit der oben (S. 4) erwähnten unklaren Terminologie des Gesetzes zusammenhängt. Niemand wird bezweifeln, dass unter Umständen das Finden im Sinne von § 965 — d. h. das Entdecken — mit dem Verlieren zeitlich zusammenfallen kann; z. B. wenn das Verlieren sich vor den Augen des Finders abspielt. In dem von Goldmann-Lilienthal gekennzeichneten Falle liegen die Verhältnisse aber wesentlich anders: Selbst wenn man annähme, dass durch die Handlung des Finders die Sache zu einer „verlorenen" im Sinne des Gesetzes werden könnte,[2]) so wären doch die Voraussetzungen für eine Anwendung des Fundrechts nicht erfüllt. Der Finder hätte nicht „eine verlorene Sache" (§ 965) entdeckt, sondern eine solche, die erst später, durch die Besitzergreifung, zu einer verlorenen geworden ist.[3])

Wollte man jene Theorie durchführen, so würde man auch zu den seltsamsten Konsequenzen gelangen. Schliesslich könnte jeder Dieb behaupten, er habe die Sache als Finder an sich genommen; sie sei zwar zunächst nicht verloren gewesen, aber dadurch, dass er sie gestohlen hätte, sei sie zu einer verlorenen ge-

---

[1]) „Das B.G.B. systematisch dargestellt" S. 288 Anm. 3.

Die gleiche Vorstellung scheint Crome vorzuschweben, wenn er sagt: „Der Besitz wird möglicherweise erst durch das Ansichnehmen des Finders verloren" (a. a. O., Anm. 1[1]). Entsprechend sagt Mohr (S. 15) von einer vergessenen Sache: sie komme für uns „erst in Betracht, wenn sie von einem Dritten entdeckt und an sich genommen wird. Ist dies geschehen, so ist der Besitz verloren; denn nunmehr stellt sich der Wiedererlangung seitens des letzten Inhabers ein Hindernis entgegen; die vergessene Sache wird nunmehr eine verlorene".

[2]) Was m. E. verneint werden müsste. (Vergl. oben S. 10 ff.)

[3]) Die beiden Akte fielen also nicht zeitlich zusammen, sondern das „Finden" ginge sogar dem Verlieren voraus.

worden! Man müsste ihm dann anstatt einer Strafe noch einen Finderlohn zubilligen.[1])

Einige unter den Anhängern der Lehre, dass die Sache zunächst noch nicht verloren zu sein brauche, entziehen sich den letztgenannten Folgerungen, indem sie hinzufügen, der Finder müsse wenigstens glauben, die Sache sei bereits verloren: dann sei seine Handlung als ein Fund zu bezeichnen. So sagt z. B. Blänkner: „Wenn man . . aus triftigem Grunde eine verlegte Sache[2]) für eine verlorene halten musste und sie in diesem Glauben an sich nahm, so wird die verlegte Sache dadurch zur Fundsache.[3]) Es liegt auf der Hand, dass hiermit ein ganz anderes Element in die Erörterung hineingezogen wird, nämlich die Behauptung, dass jemand auch dann als „Finder" zu betrachten sei, wenn er eine Sache an sich nimmt, die er bloss irrtümlich für eine verlorene hält. Diese Ansicht mag vom Standpunkte des gemeinen Rechts, nach welchem der Fund im wesentlichen als eine negotiorum gestio galt, berechtigt gewesen sein.[4]) Heute darf sie als über-

---

[1]) Aehnlich argumentiert Brückmann (S. 348 f.). Er dürfte aber im Irrtum sein, wenn er behauptet, in einem solchen Falle würden — im Sinne der gegnerischen Ansicht — Fund und verbotene Eigenmacht konkurrieren. Dieser Beweis ist nicht schlüssig. Denn: läge ein Fund vor, so wäre die Handlung des Finders bezw. Diebes erlaubt, und es fehlte der Besitzentziehung an dem Moment der objektiven Rechtswidrigkeit.

[2]) Die also nicht verloren ist sondern sich noch in Besitz befindet.

[3]) „Die rechtl. Stellg. des Finders verlorener Sachen" S. 14. Entsprechend sagt Goldmann-Lilienthal in seinem Beispiele (a. a. O., Anm. 3.): „Hat . . jemand . . die Sache in dem Glauben, sie sei verloren gegangen, an sich genommen, so habe ich eben dadurch die tatsächliche Gewalt verloren, und . . es liegt ein Fund . . vor."

[4]) Vgl. Dellbrück S. 25. Stobbe-Lehmann II, I S. 698.

wunden gelten: Das B.G.B. (§ 965) verlangt ausdrücklich eine objektiv verlorene Sache.[1])

Sieht man von diesen „fast verzweifelten konstruktionellen Anstrengungen“ — wie Brückmann sie mit Recht nennt — ab, so lässt sich der Fall nicht denken, dass eine Sache Gegenstand des Findens im Sinne von § 965 werden könnte, die sich noch im Besitze des Verlierers befindet. Zwischen einer Sache, die ich besitze und einer solchen, die ich verloren habe, besteht ein begrifflicher Gegensatz. Man besitzt eine Sache, wenn man „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge auf die fortgesetzte Verfügung über dieselbe zählen kann“.[2]) Das Interesse des Besitzers an der Erhaltung dieser Verfügungsmacht, an dieser „tatsächlichen Gewalt“, ist der Grund, weshalb die Rechtsordnung diesen Zustand unter ihren Schutz stellt.[3]) Bei einer verlorenen Sache kann von alledem nicht die Rede sein. Solange ich noch „auf die Verfügung über die Sache zählen kann“, bedarf ich des Finders nicht, um die Sache wieder „in meine Hand zurückzuführen“.[4]) Erst

---

[1]) Das wird auch in der Literatur fast allgemein anerkannt (vgl. u. a. Goldmann-Lilienthal S. 288) Steht dieser Satz aber fest, so kann man nicht gelegentlich „aus Billigkeitsrücksichten“ wiederum „die subjektive Auffassung des Finders entscheiden lassen“ (Blänkner a. a. O.)!

[2]) Dies ist die bewährte Definition von Dernburg (Pand. I § 169, 1 u. Bürg. R. III § 11), welche auch neuerdings von Gierke (II § 114 Anm. 9) u. a. bestätigt wird. Zu einem ähnlichen Ergebnisse gelangte Ihering (Besitzwille, S. 481), der den Besitz als dasjenige „tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache“ bezeichnet, „welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten ist“. Indessen wird die Ihering'sche Definition in den Prot. (Mugdan III S. 502 f.) ausdrücklich abgelehnt.

[3]) Vergl. Ihering S. 25: „Böte der Besitz kein Interesse dar, so würde das Recht ihn nie geschützt haben; denn das Interesse . . ist . . . der Leitstern alles Rechts“.

[4]) Vgl. Motive (Mugdan) III S. 209.

wenn das Band der „tatsächlichen Gewalt“ zerrissen ist, liegt ein Zustand vor, der meinem Interesse widerspricht und dessen Aufhebung das Gesetz durch die Bestimmungen des Fundrechts begünstigt. —

Ob im einzelnen eine im Besitz befindliche oder eine verlorene Sache vorliegt, wird bisweilen schwierig zu entscheiden sein; denn die Grenzen sind vielfach flüssig.[1]) Einige zweifelhafte Gesichtspunkte sollen im folgenden erörtert werden: Besonders in der älteren Literatur begegnet man häufig der Ansicht, eine Sache sei nur dann verloren, wenn der Verlierer nicht wisse, wo sie sich befinde.[2]) Die Unkenntnis über den Verbleib der Sache wird allerdings in manchen Fällen für die Beurteilung der Besitzfrage massgebend sein. Z. B.: Während ich auf der Strassenbahn fahre, fällt mir mein Regenschirm auf die Strasse. Wenn ich diesen Vorgang sogleich bemerke, den Schirm im Auge behalte und bald darauf aussteige, um ihn wieder aufzuheben, so liegt kein Besitzverlust vor, sondern nur eine „vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt“ (§ 856 II):[3]) Wer etwa inzwischen den Schirm an sich genommen hätte, könnte demgemäss keinen Finderlohn beanspruchen. Bleibt mir dagegen der Verlust und

---

[1]) Immerhin ist ein Gewinn, dass man nunmehr den unklaren Begriff der „verlorenen“ Sache auf den schärfer ausgeprägten Besitzbegriff zurückführen kann Auf diesem Wege wird es auch möglich, manche Lehren des römischen Rechts mittelbar für das Fundrecht nutzbar zu machen (vgl. oben S. 2 Anm. 5).

[2]) Vgl. z. B. Schütze (Funddiebstahl) S. 159, aber auch Dernburg (s. oben S. 11 Anm. 2), Endemann II, I S. 150. — Die gegenteilige Meinung ist aber heute die herrschende; vgl. Crome III S. 384 Anm. 13.

[3]) Denselben Gedanken brachten die Römer zum Ausdruck mit dem Satze: retinere animo possessionem possumus, adipisci non possumus (l. 30 § 5 D. 41, 2). Das Schulbeispiel bildeten die saltus hiberni aestivique (l. 3 § 11, l. 44 § 2 eod.).

somit auch der Verbleib des Schirmes verborgen, so wird der Schirm durch das Entfallen zu einer „verlorenen Sache". Dennoch ist es nicht richtig, die Unkenntnis des Ortes, wo sich die Sache befindet, schlechthin als Erfordernis für den Besitzverlust aufzustellen.[1]) Wenn mir z. B. mein Hut aus dem Eisenbahnzuge entfällt, während ich zum Fenster hinausschaue, so werde ich in der Regel nicht mehr „auf die fortgesetzte Verfügung" über den Hut „zählen können", auch wenn ich zufällig die Stelle, wohin er gefallen ist, kennen sollte. Andererseits ist es auch möglich, dass der Besitz fortbesteht, obgleich man den Aufenthaltsort der Sache nicht kennt. Das wichtigste Beispiel hierfür sind die verlegten Sachen: sie befinden sich noch im Gewahrsam ihres Besitzers, der nur zeitweise an der Ausübung seiner Verfügungsmacht verhindert ist: (dissimiliter atque) si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio (l. 3 § 13 D. 41, 2).

Auch bezüglich der liegen gelassenen und „vergessenen" Sachen muss man sich vor der Aufstellung absoluter Formeln hüten.[2]) Zwar wird in solchen Fällen häufig der Besitz fortdauern, insbesondere dann, wenn man die Sache zunächst absichtlich zurückgelassen

---

[1]) Schütze (a a. O.) beruft sich auf l. 25 pr. D. 41, 2: si id, quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere. Durch diese Stelle wird aber nichts bewiesen (vgl. Dellbrück S. 23 Z. 6).

Dass auch die Römer Besitzverlust trotz Kenntnis vom Aufenthalt der Sache für möglich hielten, geht m. E. aus l. 13 pr. eod. hervor, wo von der Ladung eines im Tiber gesunkenen Schiffes die Rede ist.

[2]) Eine solche „Schablone" war z. B. die gemeinschaftliche Lehre, dass der Besitz an einer verlorenen Sache erst dann untergehe, wenn sich der Verlierer nach erhaltener Kenntnis vergebens um die Wiedererlangung der Sache bemüht habe. Vgl. Ihering (Besitzwille) S. 424 f.

hat.[1]) Auch die Kenntnis vom Aufenthaltsorte der Sache ist ein wichtiger Faktor für die Erhaltung der Verfügungsmacht.[2]) Was aber zum Ziele führt, ist einzig eine objektive Betrachtung der gesamten Sachlage. Nur auf Grund einer „durchschnittsmässigen Abwägung der Möglichkeiten" lässt sich entscheiden, ob noch ein Besitzverhältnis zwischen dem bisherigen Besitzer und der Sache besteht oder ob es sich um eine „verlorene" Sache handelt.[3]) —

Dieser Gedanke ist auch der gesunde Kern, der den Ausführungen von Brückmann (S. 326 ff.) zu Grunde liegt. Dagegen ist sein Versuch, den Begriff der Fundsache vom Besitzbegriff loszulösen — nach Gierke's Worten — verfehlt. Brückmann will die „verlorene" Sache „rein wirtschaftlich und zugleich rein subjektiv" definieren als eine Sache, „auf die ich nicht mehr als ein . . für meine Bedürfnisse mitarbeitendes Vermögensstück bauen kann". Seine Definition ist aber juristisch unbrauchbar. Das geht deutlich aus einem Beispiele hervor, welches er selbst angibt: A. hat eine Sache an einer bestimmten Stelle im Freien niedergelegt und ihren Besitz keineswegs eingebüsst, sie auch nicht als verloren betrachtet. B. aber nimmt die Sache als eine verlorene an sich und bringt sie dem A. zurück: In diesem Falle liegt nach Brückmanns Ansicht ein „Fund"

---

[1]) Wenn man aber z. B. nachher verhindert wird oder vergisst, sie abzuholen, so kann sie möglicherweise noch nachträglich zu einer verlorenen werden.

[2]) Daher gehen Crome (III S. 384 Anm. 13) und Müller (S. 21) m. E. zu weit, wenn sie sagen, „auf die Aufenthaltskunde komme es nicht an", sie sei „unwesentlich".

[3]) Dass es oft einer „Fülle von Schlussfolgerungen" bedarf um „zu erkennen, inwieweit eine als Besitz zu würdigende tatsächliche Herrschaft besteht oder fortdauert, ohne dass eine körperliche Innehabung der Sache stattfindet," bestätigt auch Gierke (II S. 213 Anm. 11).

vor. Denn „dass die Sache verloren war, zeigen die tatsächlichen Verhältnisse, . . insbesondere die Tatsache, dass der jetzige Wiederbringer sie an sich nahm. Genau so wie er sie nahm und sie zurückbrachte, konnte ein anderer sie nehmen und sie verkaufen".[1]) Wollte man so argumentieren, so könnte man jede Sache, die einigermassen leicht gestohlen werden kann, als „verlorene" bezeichnen![2]) Es liegt auf der Hand, dass eine solche Definition des „Verlierens" auch nicht — wie Brückmann behauptet — der Ausdrucksweise des täglichen Lebens entspräche.[3]) Es ist vielmehr daran festzuhalten, dass zum Begriffe der verlorenen Sache der Verlust des Besitzes erforderlich ist: Wer eine noch im Besitz befindliche Sache an sich nimmt, ist nicht als Finder zu betrachten.

Damit soll keineswegs behauptet werden, dass in

---

[1]) Man könnte einwenden: hier liege doch — abgesehen von der Besitzfrage — gar kein unfreiwilliger Verlust vor. Ueber dieses Bedenken hilft Brückmann (S. 350) sich in ganz eigentümlicher Weise hinweg, indem er sagt: „Freiwillig war das Niederlegen aber unfreiwillig der Verlust, resultierend aus den Folgeerscheinungen der freiwilligen Handlung; du glaubtest sie (die Sache) noch zu besitzen; aber du hattest sie in Wahrheit verloren; denn (!) sie sah derelinquiert aus". Vgl. im Gegensatze hierzu die oben S. 7 Anm. 2 angeführte richtige Entscheidung des O.L.G. Hamburg.

[2]) Ein Beispiel: In einer Universitätsstadt wird regelmässig des Nachts von einem bestimmten Hause ein kleines Blechschild entfernt; der Hausbesitzer hat schon zum dritten Male ein neues angeschafft. Nun könnte ein Spassvogel auf den Gedanken kommen, dasselbe abzulösen, es im Hause abzuliefern und dafür einen Finderlohn zu beanspruchen.

Nach Brückmann wäre dieser Anspruch berechtigt; denn da das Schild „nach aller Wahrscheinlichkeit" bald wieder entwendet worden wäre, so „musste" der Hausbesitzer es „als verloren betrachten".

[3]) Höchstens würde man in einem solchen Falle mit einer familiären Redensart sagen: die Sache sei „so gut wie verloren".

einem solchen Falle stets verbotene Eigenmacht vorliege. Die Besitzergreifung ist unter Umständen von einem anderen Gesichtspunkte aus, etwa als negotiorum gestio, erlaubt; z. B.: A. hat sein Buch im Garten liegen gelassen, um es später dort wiederzufinden. Inzwischen beginnt es zu regnen, und damit das Buch nicht nass werde, nimmt B. es an sich, um es dem A. demnächst zurückzugeben. Vielleicht hat B. dem A. dadurch einen ebenso grossen Dienst erwiesen, als hätte er ihm eine verlorene Sache zurückverschafft. Gleichwohl kann B. nicht als Finder gelten. Er hat ja auch nicht für die Wiedererlangung, sondern für die Erhaltung der Sache gesorgt!

§ 4.

Eine Sache ist „verloren“, wenn sie ihrem letzten Inhaber ohne seinen Willen abhanden gekommen ist und zugleich der Besitz über sie aufgehört hat. Dies ist das Ergebnis der bisherigen Untersuchung gewesen. Manche Schriftsteller stellen indessen für den Begriff der „verlorenen Sache“ noch ein weiteres — negatives — Erfordernis auf.[1]) Man sagt mit Recht: eine Sache könne nur dann im Sinne von § 965 gefunden werden, wenn sie seit dem Verluste nicht in den Besitz eines Dritten gelangt sei.[2])

Diese Ansicht ist nahezu unbestritten;[3]) sie hat aber durch die Art ihrer Anwendung zu ganz verschiedenen Resultaten geführt: Es handelt sich eigent-

---

[1]) Vgl. Planck und Biermann, Erl. zu § 965, Crome III S. 384.

[2]) Streng genommen, geht dieser Satz schon aus unserer Definition hervor: wenn ein anderer den Besitz erlangt hat, so ist der Verlierer nicht mehr der „letzte“ Inhaber.

[3]) Dagegen m. W. nur Brückmann S. 324 ff.

lich nicht um eine Streitfrage des Fundrechts, sondern auch hier spielt der Besitz die entscheidende Rolle.

Niemand wird behaupten, man könne eine Sache „finden", die inzwischen von einem anderen — etwa einem früheren Finder — mit Wissen und Willen in Besitz genommen worden ist. Nicht einmal der Verlierer hätte das Recht, dem ersten Finder — wie man ihn der Kürze halber nennen mag — die Sache zu entziehen;[1]) um wieviel weniger wäre ein Fremder berechtigt, die Sache „an sich zu nehmen"! In einem solchen Falle läge kein Fund vor, sondern ein Akt verbotener Eigenmacht, deren der Besitzer sich mit Gewalt erwehren dürfte. Dieser Satz ist so allgemein anerkannt, dass er eines weiteren Beweises nicht bedarf.

Man hat aber die Regel, dass nur eine besitzfreie Sache eine „verlorene" sei, auf andere Fälle ausgedehnt, auf welche sie m. E. nicht passt. So sagt Planck:[2]) „Gegenstand des Fundes können . . solche Sachen nicht sein, welche dem bisherigen Besitzer unter Umständen abhanden gekommen sind, vermöge deren sie unmittelbar in den Besitz eines anderen gelangt sind, z. B. Sachen, die man in der Wohnung, dem Kaufladen, dem Gasthause, dem Wagen eines anderen aus der Tasche verliert oder zurücklässt". Dieselbe Anschauung vertritt ein Aufsatz von Schäfer[3]) im Anschluss an einen praktischen Fall; aber eben diese Abhandlung hat starke Zweifel gegen die Plancksche Auffassung erregt.[4])

Ist es wahr, dass eine Sache, die ich im Macht-

---

[1]) Höchstens einem unehrlichen Finder, wenn die Voraussetzungen der Selbsthilfe (§ 229 B.G.B.) gegeben wären!

[2]) Anm. 1a zu § 965 B.G.B.

[3]) „Ueber Fundrecht" in Seufferts Blättern f. Rechtsanw. (1903) S. 1 ff.

[4]) Vgl. Silberschmidt, ebenda S. 109 ff., Francke, in den Annalen des D. Reichs (1903) S. 310 ff.

bereich eines anderen verliere, „unmittelbar in dessen Besitz gelangt"? Diese Frage kann man nur dann bejahen, wenn man annimmt, dass zur Herstellung des Besitzes nichts anderes erforderlich sei, als ein gewisses „Raumverhältnis" von Person und Sache. Es kann aber wohl behauptet werden, dass diese Ansicht auf sehr schwachen Füssen steht.

Die Erlangung des Besitzes nach heutigem Recht bildet den Gegenstand einer verwickelten Streitfrage. Nach römischem Recht musste die „tatsächliche Gewalt der Ausdruck des Aneignungswillens sein". So lehrt Windscheid[1]) im Anschlusse an den bekannten Satz des Paulus: adipiscimus possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore.[2]) Es kann kein Zweifel darüber herrschen, dass der animus rem sibi habendi heute zum Besitzerwerbe nicht mehr erforderlich ist. Indessen wird die Ansicht vertreten, dass auch zum Erwerbe des Besitzes nach § 854 I B.G.B. eine bewusste Handlung erforderlich sei. Denn die Erlangung der „tatsächlichen Gewalt" sei ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich.[3]) Zwar brauche der Wille nicht jedesmal besonders geäussert zu werden; es genüge ein „generelles Verhalten", auf Grund dessen „die Gewalt im einzelnen Falle als gewollt erscheint".[4]) —

Eine grosse Reihe von Schriftstellern will diesen Satz, dass der Wille der Schöpfer des Besitzes sei,

---

[1]) Pand. I § 153 Anm. 1a.

[2]) L. 3 § 1 D. 41, 2. Vgl. auch die Ausführungen von Jhering (Besitzwille) S. 36 ff.

[3]) Vgl. besonders Gierke II S. 228 und die dort angegebene Literatur.

[4]) Als Beispiel wird meistens die Anbringung eines Briefkastens angeführt: darin zeige sich der Wille, die hineingeworfenen Briefe zu besitzen.

zwar als Regel gelten lassen, doch nicht ausnahmslos.[1]) Insbesondere lässt sich in dem bunten Wirrwarr der Entscheidungen eine verbreitete Tendenz erkennen, die dahin geht, einen Besitzerwerb ohne Willen dann anzunehmen, wenn ein anderer die Sache mit dem Willen, uns den Besitz zu verschaffen, in unseren Gewahrsam befördert. Das geht vor allem aus den Beispielen hervor, mit denen die einzelnen Schriftsteller ihre Theorie belegen.

Es kann an dieser Stelle keine erschöpfende Darstellung der verschiedenen Ansichten gegeben, geschweige denn der Streit entschieden werden — zumal da auch die Entstehungsgeschichte des § 854 B.G.B. keine Lösung des Problems ergibt.[2]) Jedenfalls kann es aber nach dem heutigen Stande der Wissenschaft als festgestellt gelten, dass es verfehlt wäre, wollte man „die Frage des Besitzes von beweglichen Sachen lediglich danach entscheiden, ob die Sachen in ein bestimmtes von jemandem beherrschtes Gebiet hinein . . . gekommen sind".[3])

Das genügt, um die von Schäfer vertretene Ansicht zu widerlegen. Denn wenn ich eine Sache im Machtbereich eines anderen verliere, so liegt ein Vorgang vor, der sowohl von meinem Willen als auch von dem des anderen unabhängig ist.[4]) Zwischen ihm und der Sache besteht daher bloss ein „Raumverhältnis", welches ihm vielleicht mehr als Dritten die Möglichkeit bietet, die Sache in Besitz zu nehmen.[5])

---

[1]) So Dernburg B.R. III § 17, Cosack II S. 69, Kniep S. 97, insbesondere Raape S. 63 ff. und viele andere.

[2]) Vgl. darüber Endemann II I S. 152 ff.

[3]) Vgl. Strohal (Jherings Jahrb. Bd. 38) S. 74.

[4]) Vgl. oben S. 10 bei Anm. 2.

[5]) Diese Möglichkeit kann freilich u. Umst. sehr gering sein, z. B. wenn „ein fremder Gegenstand in die Abfallgrube auf

Demgegenüber ist es unerheblich, wenn in den Motiven z. I. Entw. des B.G.B.[1]) gelegentlich erwähnt wird, dass „in Privatgebieten und Privaträumen" befindliche Sachen „bereits einer gewissen Detention unterständen und nicht im eigentlichen Sinne gefunden werden könnten". Man muss bedenken, dass die Motive nicht mit dem heute gültigen Besitzbegriffe rechneten. Zudem wird jene Bemerkung durch die amtliche Denkschrift zum Entw. des B.G.B.[2]) widerlegt. Endlich darf man nicht vergessen, dass „der Wille des Gesetzgebers nicht bindend und verpflichtend ist. Nicht er ist Recht, sondern lediglich der Wille des Gesetzes selbst".[3])

Häufig wird auch der Fall so liegen, dass eine Sache in den Bereich eines anderen gelangt, ohne dass die tatsächliche Gewalt des bisherigen Besitzers endigt. Wenn ich in einem Kaufladen meinen Schirm in den dort aufgestellten Ständer stelle, so verliere ich gewiss nicht den Besitz.[4]) Auch wenn ich den Schirm beim Weggehen vergesse und bald darauf zurückkehre, um ihn abzuholen, so wird mein Besitz in der Regel nicht erloschen sein. Wollte der Ladenbesitzer mir in einem solchen Falle den Zutritt verwehren, so hätte ich gegen ihn den „Abholungsanspruch" aus § 867 B.G.B.[5]) In-

meinem Hofe, ohne dass ich es weiss, geraten ist" (Silberschmidt S. 110).

[1]) Mugdan III S. 215.

[2]) Mugdan III S. 978, vgl. Endemann II I S. 160, Francke S. 311.

[3]) Birkmeyer (Strafprozessrecht) S. 36.

[4]) Vgl. Strohal S. 74

[5]) Auch aus dieser Bestimmung geht hervor, dass der Besitzer eines Raumes nicht ohne weiteres die darin befindlichen Sachen besitzt (vgl. schon l. 30 pr. D. 41,2). Der § 867 ist keineswegs bloss auf „offene Grundstücke" anzuwenden, wie man nach den Ausführungen von Strohal (S. 67) und Endemann (II S. 197 und 199) annehmen könnte. —

Biermann (Erl. 1 zu § 867) behauptet, der Abholungsanspruch

dessen darf man nicht sagen, dass alle Sachen, die uns in einem fremden Hause abhanden kommen, schlechthin „mit Rücksicht auf den Verlustort“ in unserem Besitz verbleiben. Sonst gelangte man auch auf diesem Wege wieder zu dem von Schäfer vertretenen Resultate: Das Fundrecht würde auf die Strasse beschränkt! Es wäre unbillig, wollte man etwa dem Droschkenkutscher, der in seinem Wagen eine Busennadel findet, oder dem Kellner, der in der Gastwirtschaft ein Goldstück entdeckt und an sich nimmt, den Anspruch auf Finderlohn und den eventuellen Eigentumserwerb unter allen Umständen versagen.[1])

Von diesem Gesichtspunkte aus tritt auch Brückmann der Entscheidung Schäfers entgegen. Anstatt aber nur den von Planck aufgestellten Folgesatz abzulehnen, verwirft er schlechthin das ganze Prinzip.[2]) Nach seiner Ansicht wäre auch ein vertauschter Regenschirm, der sich im Besitze eines anderen befindet, eine verlorene Sache (S. 326). Es ist aber rätselhaft, wer in einem solchen Falle als Finder zu gelten hätte. Soll man jedem Dritten gestatten, die Sache „an sich zu nehmen“? Damit brächte man das Fundrecht in Widerspruch mit den Grundsätzen über den Besitzesschutz.

---

könne nur geltend gemacht werden, wenn der bisherige Besitz an der Sache erloschen sei. Diese Ansicht ist aber nicht die herrschende.

[1]) Inwieweit etwa die Rechtsfolgen des Fundes durch ein zwischen Verlierer und Finder bestehendes Vertragsverhältnis aufgehoben werden können, ist eine andere Frage.

Uebrigens verdient es hervorgehoben zu werden, dass heutzutage die in Droschken, Schanklokalen etc. zurückgelassenen Sachen auch in der Praxis der Polizeibehörden als verlorene behandelt werden, während sie in früheren Zeiten teilweise nicht als echte Fundsachen galten. Vgl. Brückmann S. 358 Anm. 50.

[2]) Siehe oben S. 21 Anm. 3; vgl. auch oben S. 19.

Oder soll der Besitzer selbst als Finder gelten? Dann müsste man wiederum fragen, wie sich denn in einem solchen Falle das „Finden“ und „An-sich-nehmen“ vollziehen sollte.[1]) Wenn aber eine Sache überhaupt nicht Gegenstand des Fundes werden kann, so ist es zum mindesten müssig, sie für eine verlorene Sache zu erklären; denn nur für das Fundrecht interessiert diese Frage. —

Man wird daher den Satz aufrecht erhalten können, dass nur eine besitzfreie Sache eine verlorene im Sinne von § 965 B.G.B. ist. Darin liegt keine ungebührliche Einengung, sondern eine höchst verständige, ja notwendige Begrenzung des Fundrechts. „Es kommt nur darauf an, den Besitzesbegriff richtig zu fassen“.[2]) Es muss insbesondere beachtet werden, dass die Bedingungen für den Erwerb des Besitzes strenger sind als für seine Erhaltung: Ich besitze nicht, was ein anderer in meinem Hause verloren hat, wohl aber was mir selbst in meinem Hause abhanden gekommen ist![3])

§ 5.

Aus der bisherigen Untersuchung hat sich ergeben, dass eine Sache eine „verlorene“ ist, wenn sie ihrem letzten Inhaber ohne seinen Willen abhanden gekommen ist und sich in niemandes Besitz befindet. Eine Aenderung tritt in den Besitzverhältnissen ein, wenn der Finder die Sache an sich nimmt.

---

[1]) Auch wäre nach allgemeiner Rechtsanschauung jemand, der einen fremden Schirm eingetauscht und dies nachträglich bemerkt hätte, wohl kaum verpflichtet, der Polizeibehörde davon Anzeige zu machen: Man betrachtet ihn eben auch praktisch nicht als „Finder“.

[2]) Gierke II S. 533 Anm. 41.

[3]) Dies beruht auf dem Gegensatze von § 854 und 856 II B.G.B. Vgl. Strohal S. 60 f., Crome III S. 54, Gierke II S. 242 Anm. 66.

Man pflegt gewöhnlich zu sagen, das „An-sich-nehmen“ sei eine Besitzergreifung zum Zwecke des (wenigstens vorläufigen) Behaltens.[1]) Darin liegt, dass die Besitzergreifung der weitere der beiden Begriffe sei.[2]) Es wäre also die Möglichkeit gegeben, dass jemand den Besitz einer verlorenen Sache ergriffe, ohne sie „an sich zu nehmen“.

Den Anlass zu dieser Unterscheidung bietet eine Bemerkung in den Protokollen der Komm. f. d. 2. L.,[3]) wo des Falles gedacht wird, dass der Finder die Sache lediglich, um sie zu besichtigen, aufgenommen habe: unter solchen Umständen liege noch kein „Fund“ vor, und die Sache dürfe wieder an ihren Platz gelegt werden. Es ist erstaunlich, dass man aus dieser Stelle die erwähnte Unterscheidung entnommen hat. Ist es denn wahr, dass ein Aufnehmen zum Zwecke des Betrachtens bereits eine Besitzergreifung darstellt? Schon eine genauere Prüfung jener Bemerkung aus dem Prot. ergibt das Gegenteil: Es wird ausdrücklich gesagt, das Vorliegen einer „Besitzhandlung“ werde in einem solchen Falle „zu verneinen sein“. Habe indessen „der Finder die Sache wirklich in Besitz genommen und dadurch deren Lage geändert, so dürfe er sich des Besitzes nicht mehr willkürlich entledigen“. Es ist also die Meinung der Gesetzgeber gewesen, dass erst mit dem „An-sich-nehmen“ die Besitzergreifung vollendet sei.[4]) Und das entspricht auch einer richtigen Auffassung vom Besitz! Treffend sagt Strohal: „Wollen wir eine bewegliche Sache in Besitz nehmen, so werden wir unseren Besitzwillen zumeist dadurch betätigen, dass

[1]) Vgl. Crome III S. 384, Gierke II S. 533 Anm. 42 u. a.

[2]) Biermann (Erl. 2 zu § 965) sagt dies ausdrücklich, ähnlich Fischer-Henle (zu § 965).

[3]) Mugdan III S. 657.

[4]) Uebereinstimmend Planck (Erl. 1 b zu § 965).

wir die Sache an uns nehmen und zwar nicht bloss, um sie für einige Augenblicke zu besehen, sondern um sie, solange uns dies gefällt, zu behalten".[1]) Daraus gewinnt man für das Fundrecht den Satz, dass erst in dem Akte des „An-sich-nehmens" eine Besitzergreifung liegt.

Es wird ferner den Grundgedanken des Fundrechts und insbesondere der zitierten Aeusserungen der Prot. entsprechen, wenn man annimmt, dass jegliche Besitzergreifung an verlorenen Sachen ein „An-sich-nehmen" im Sinne des § 965 B.G.B. ist.[2]) Es liegt also ein Fund nicht nur dann vor, wenn man etwa eine Sache auf der Strasse aufliest und in die Tasche steckt, sondern z. B. auch dann, wenn jemand bei Hochwasser einen fortgeschwemmten Gegenstand auffischt. Auch ein passives Verhalten kann unter Umständen genügen: ein zugelaufenes Tier nimmt man an sich, wenn man es binnen geraumer Zeit nicht vertreibt;[3]) denn darin bekundet sich die Absicht, es in Besitz zu nehmen.

Der Vergleich zwischen Fund und Besitzerwerb ist auch noch in anderer Hinsicht ergiebig: Wenn es einerseits als festgestellt gelten darf, dass die Ergreifung

---

[1]) a. a. O. S. 69. — Auch Gierke führt aus: die körperliche Inhabung dessen, der die Sache nur besehen will, begründe wegen ihres vorübergehenden Zweckes keinen Besitz (II S. 217 Anm. 29). Demgegenüber erscheint es umso auffallender, dass er sich bei der Besprechung des Fundrechts (vgl. oben S. 28 Anm. 1) der üblichen Auffassung anschliesst.

[2]) Gleichwohl treten die Rechtswirkungen des Fundes eventuell nicht ein; z. B. wenn ein Kind eine Sache findet und an sich nimmt — obwohl hier nach allgem. Meinung Besitzerwerb erfolgt (S. unten S. 52 Anm. 2). Aehnlich ist das Ergebnis, wenn jemand sich eine verlorene Sache aneignet, die er schuldlos für eine derelinquierte hält; hier liegt zwar der Tatbestand des Fundes vor, aber der Finder ist für eine Verletzung seiner Verpflichtungen nicht verantwortlich, weil ihm kein Verschulden zur Last fällt.

[3]) Vgl. Fischer-Henle, Erl. zu § 965.

des Besitzes an einer verlorenen Sache immer ein „An-sich-nehmen“ darstellt, — so kann man andererseits auch behaupten, dass in dem Akte des „An-sich-nehmens“ stets eine wirkliche Besitzergreifung liegt! Denn das B.G.B. hat den Besitzbegriff gegenüber dem gemeinen Recht erheblich erweitert, indem es ihn auf tatsächliche Machtverhältnisse verschiedenster Art, also auch auf den Fremdbesitz, ausgedehnt hat.

Diese Regel erleidet indessen eine Ausnahme,[1]) wenn jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen, und zwar in einem Abhängigkeitsverhältnisse, ausübt. In einem solchen Falle soll nach der Vorschrift des § 855 B.G.B. nur der andere als Besitzer gelten. Zwar braucht der „Besitzhalter“ nicht geradezu im Dienste des anderen zu stehen; er muss ihm aber doch in irgend einer Weise persönlich untergeordnet, nicht nur kontraktlich verpflichtet sein.[2])

---

[1]) Crome (III S. 25 Anm. 18) u. a. meinen, die Bestimmung des § 855 sei keine Ausnahme von dem allgemeinen Prinzip; denn der Besitzdiener habe überhaupt keine „tatsächliche Gewalt“ über die Sache. Dies dürfte irrig sein. Man denke an den Fall, dass eine Dienstmagd auf dem Markte Waren einkauft oder dass ein Diener, während die Herrschaft verreist ist, allein im Hause zurückbleibt. Vgl. über ähnliche Fälle Ihering (Besitzwille S. 503 ff.) und Biermann (Erl. 2 zu § 855). — Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gibt auch über diese Frage keine sichere Auskunft, da in den Prot. (Mugdan III S. 504 f.) weder der eine noch der andere Standpunkt streng festgehalten ist. Vgl. Planck (Erl. 1 zu § 855).

[2]) Aehnlich sagt Biermann (Erl. 2 zu § 855): das Besitzdienerverhältnis werde „durch ein Verhältnis sozialer Abhängigkeit und Unterordnung charakterisiert“. Planck (Erl. 2 zu § 855) u. a. sagen, ein Inhaber sei dann blosser Besitzdiener, wenn der andere ihm nach der Verkehrsanschauung die Gewalt ohne gerichtliche Hilfe entziehen könne. Eine solche Definition schiebt die Lösung der Frage nur hinaus. Es soll ja gerade festgestellt werden, in welchen Fällen der andere zu einem solchen Eingreifen berechtigt sei!

Unter solchen Umständen erscheint es gerechtfertigt, dass der Besitzherr, wofern der Inhaber seinen „sich auf die Sache beziehenden Weisungen“ nicht Folge leistet, selbsthandelnd eingreifen darf, um seinen Willen durchzusetzen.[1]) Tut er dies, so begeht er keine verbotene Eigenmacht.

Wie nun, wenn jemand in seiner Eigenschaft als Besitzdiener eine verlorene Sache findet? Wenn ein Dienstbote im Auftrage der Herrschaft eine Sache sucht, die ein Gast im Hause oder im Garten verloren hat, und dieselbe findet, so erwirbt der Dienstbote jedenfalls nicht den Besitz der Sache — ebensowenig ein Angestellter einer Badeanstalt, der im Auftrage des Anstaltsbesitzers regelmässig die Kabinen revidiert und dabei eine von einem Badegaste verlorene Sache findet. Ebensowenig darf man aber m. E. in einem solchen Falle sagen, der Bedienstete habe die Sache „an sich genommen“. Der Besitzdiener ist nicht „Finder“ im Sinne des Gesetzes. Er geniesst nicht einmal den Besitzschutz,[2]) den das Recht selbst einem Diebe gewährt. Darin zeigt sich die Tendenz des Gesetzes, ihm — soweit er eben als Untergebener seines Herrn auftritt — keine selbständige Rechtsstellung gegenüber Dritten zu geben.

Freilich lässt es sich zuweilen nicht ganz leicht bestimmen, ob jemand in Abhängigkeit oder selbständig handelt. Denn es ist keineswegs ausgeschlossen, dass etwa ein Angestellter auch unter Umständen als Finder auftritt. Wenn z. B. ein Gärtner in einem öffentlichen Parke einen Wertgegenstand findet und denselben in eigenem Namen zur Polizei bringt, so wird er die

[1]) Vgl. Strohal S. 9.

[2]) Er ist nur zu Ausübung der Rechte des Besitzherrn befugt: § 860 B.G.B.

Rechte eines Finders erwerben. Das würde selbst dann gelten, wenn der Eigentümer des Parkes einen kontraktlichen Anspruch auf Auslieferung der Sache gehabt hätte: ein derartiger Vertrag würde das Rechtsverhältnis zwischen dem Gärtner und dem Verlierer nicht berühren.[1])

Entsprechend ist der Fall zu behandeln, dass ein Angestellter eine verlorene Sache seines Herrn findet. Auch hier muss die besitzrechtliche und die fundrechtliche Frage gleichmässig entschieden werden. Wenn ich meinen Diener beauftrage, nachzusehen, ob ich an irgend einer Stelle etwas liegen gelassen habe, und der Diener findet daraufhin in der Tat eine mir gehörige Sache und bringt sie mir zurück, so handelt er zweifellos als Besitzhalter; er ist dann nur ein Werkzeug meines Willens, und der Fall ist rechtlich so anzusehen, als hätte ich die Sache selbst wiedergefunden.[2]) Demgemäss geniesst der Diener auch nicht die Vergünstigungen, die das Gesetz dem „Finder" gewährt:[3]) seine Handlung ist lediglich als eine Erfüllung seines Dienstvertrages zu betrachten. Wenn dagegen ein Kommis die Taschenuhr seines Prinzipals auf der Strasse findet und an sich nimmt, wird er selbst Besitzer — mag er auch bezüglich des Musterkoffers, den er bei sich

[1]) Vgl. Silberschmidt S. 111, Francke S. 312.

[2]) Ob ein Diener, auch wenn es an einem besonderen Auftrage fehlt, seinem Herrn stets nur als Besitzhalter und niemals als selbständiger Finder gegenübertreten kann, ist zu bezweifeln. Die Entscheidung wird davon abhängen, ob er vertragsmässig verpflichtet ist, eine verlorene Sache seines Herrn — falls er sie überhaupt als solche erkennt — aufzunehmen, und ob er demnach, wenn er es tut, innerhalb seines Abhängigkeitsverhältnisses handelt.

Betrachtet man aber den Diener als Besitzhalter, so muss man jedenfalls auch das Vorliegen eines Fundes verneinen! Irrig daher Crome (III S. 34 Anm. 37), der diesen Fall als Beispiel dafür anführt, dass ein Finder nicht stets Besitzer werde.

[3]) Solche Vergünstigungen sind: Erleichterung der Haftung, Finderlohn, Retentionsrecht. Vgl. B.G.B. § 968 ff.

trägt, bloss Besitzhalter sein. Er ist zwar im „Erwerbsgeschäfte“ des Prinzipals angestellt, aber die Gewalt über die Uhr übt er nicht innerhalb dieses Abhängigkeitsverhältnisses aus. Der Prinzipal wird ihm also beispielsweise den Finderlohn nicht verweigern können.

Die Vorschrift des § 855 B.G.B., die dem abhängigen Inhaber die Rechtsstellung des Besitzers nimmt, ist hauptsächlich auf eine Anregung Ihering's zurückzuführen.[1]) Dieser führt in seiner Kritik des I. Entw. z. B.G.B.[2]) aus, wie unzuträglich es sei, die Inhabung jeglicher Art mit dem Besitzschutze auszustatten. Von den drei Kategorien der Inhabung, welche nach seiner Ansicht keinen rechtlichen Schutz verdienen, hat indessen der § 855 B.G.B. nur die beiden ersten berücksichtigt,[3]) nämlich das „häusliche“ und das „prokuratorische Detentionsverhältnis.“ Die dritte Kategorie, welche Ihering als das „momentane Detentionsverhältnis“ bezeichnet, wird nicht ausdrücklich erwähnt.

Indessen ist es die herrschende Meinung, dass es auch nach geltendem Recht Fälle vorübergehender Inhabung gibt, wo es zwar an den Voraussetzungen des § 855 mangelt, aber dennoch ein Besitz im Rechtssinne nicht anzunehmen ist.[4]) Wenn ich mir im Theater von einem neben mir sitzenden Bekannten für einige Augenblicke dessen Opernglas erbitte, so trete ich dadurch nicht in ein Abhängigkeitsverhältnis; zwar muss ich ihm das Glas auf seinen Wunsch jederzeit zurückgeben; aber das gilt in gleicher Weise bei jedem Leihevertrage

[1]) Vgl Prot. (Mugdan III S. 504).

[2]) Besitzwille S. 503 ff.

[3]) Freilich nicht ohne Einschränkungen. Vgl. darüber Strohal S. 7 Anm. 12.

[4]) Vgl. Strohal S. 11, Biermann, Erl 2 zu § 855, Gierke II S. 217 Anm. 29 u. a.

auf unbestimmte Zeit.[1]) Man kann in einer solchen Situation auch nicht sagen, dass ich die tatsächliche Gewalt „für den anderen“ ausübe.[2]) Gleichwohl ist jeder sich bewusst, dass ich unter derartigen Umständen dem Geber die Sache nicht vorenthalten darf, und dass letzterer in seinem Recht ist, wenn er sie mir nötigenfalls mit Gewalt entreisst. Es liegt in solchen Fällen — die sich im Leben unzählige Male ereignen — eine Inhabung ohne jede dingliche oder persönliche Rechtsstellung vor: dasselbe, was vom Besitze gilt, ergibt sich in gleicher Weise für das obligatorische Verhältnis. Es wäre unsinnig, jeden Gefälligkeitsakt des familiären und geselligen Lebens unter den Begriff irgend eines Rechtsgeschäfts oder einer Rechtshandlung zu bringen.[3]) Wenn ich jemanden bei Tische bitte, mir ein Salzfass zu reichen, so ist dies kein Auftrag im Rechtssinne, und der andere ist nicht etwa nach § 667 B.G.B. zur Herausgabe des Salzfasses verpflichtet. Es liegt, nach dem Ausdrucke der Römer, kein negotium sondern nur ein officium vor. „Ganz dasselbe gilt auch für die unbeauftragte Geschäftsführung“[4]) und — so darf man fortfahren — für den Fund!

Ein wichtiges Beispiel für die momentane Inhabung wurde bereits oben in einem anderen Zusammenhange erwähnt; es ist der Fall, dass jemand eine verlorene Sache bloss, um sie zu besehen, in die Hand nimmt. Dass hier kein Fund vorliegt, ist allgemein anerkannt. Es kann aber auch vorkommen, dass jemand eine Sache im Interesse des Verlierers für einen Augenblick in

[1]) Vgl. § 604 III B.G.B.

[2]) Vgl Ihering S. 502 u. a. Dagegen Planck Erl. 2 zu § 855.

[3]) Wollte man dies tun, so würde z. B. eine Gesellschaft in in einem Privathause, bei der die Gäste mit Einwilligung des Gastgebers Stühle benutzen, Speisen verzehren etc., ein ganzes Knäuel von Rechtsverhältnissen erzeugen.

[4]) Ihering S. 518.

die Hand nimmt, ohne den Besitz zu erwerben: Wenn ich auf der Strasse sehe, wie jemandem seine Handschuhe zu Boden fallen, und ich ihm dieselben aufhebe und auf der Stelle wiedergebe, so ist dies ein Gefälligkeitsakt ohne rechtliche Bedeutung. Ob der andere das Fallen der Handschuhe bemerkt hatte oder nicht, ist gleichgültig. Selbst wenn die Sache in der Tat eine „verlorene" war,[1]) fehlt es an einer wirklichen Besitzergreifung und dementsprechend an einem Tatbestandsmomente des Fundes: ich habe die Sache zwar aufgehoben aber nicht „an mich genommen."

In diesem Gedanken liegt m. E. das einzig richtige Korrektiv gegen eine Ausdehnung des Fundrechts auf ganz unbedeutende Vorgänge. Freilich hat die Unterscheidung mehr eine didaktische als praktische Bedeutung;[2]) in Wirklichkeit wird kaum jemand auf den Gedanken kommen, in einem Falle wie dem geschilderten etwa einen Finderlohn zu beanspruchen. Darin zeigt sich aber, dass der Unterschied zwischen Rechtshandlung und Gefälligkeitsakt auch im Bewusstsein des Laien lebendig ist. Es ist auch eine Bestätigung des früher ausgesprochenen Grundsatzes, dass nur der als Finder zu gelten hat, dem das Gesetz auch die Rechtsstellung eines Besitzers gewährt: Der Begriff des „An-sich-nehmens" ist mit dem der Besitzergreifung identisch. Es würde praktisch keinen Unterschied machen, wenn der § 965 B.G.B. statt seiner jetzigen Fassung mit den Worten begänne: „Wer eine verlorene Sache findet und in Besitz nimmt, ..."!

---

[1]) Durchaus verkehrt wäre es, zu sagen, die Sache könne in einem solchen Falle überhaupt nicht verloren gewesen sein. Die tatsächliche Gewalt war zwar nur kurze Zeit unterbrochen; aber diese Verhinderung war nicht „ihrer Natur nach vorübergehend" (§ 856 II B.G.B.).

[2]) Vgl. Ihering S 507.

§ 6.

Der Grundsatz, dass der Finder, der die Sache an sich nimmt, den Besitz erwirbt, ist im allgemeinen unbestritten. Dagegen besteht über die rechtliche Natur dieses Besitzes eine lebhafte Meinungsverschiedenheit.

Schon unter der Herrschaft des gemeinen Rechts wurde die Frage erörtert, ob der redliche Finder den juristischen Besitz der Sache erwerbe. Die ältere Lehre, insbesondere Savigny, verneinte dies, weil es dem Finder an dem animus rem sibi habendi fehle.[1]) Andererseits konnte aber auch der Verlierer nicht ohne weiteres als Besitzer der gefundenen Sache gelten. Er konnte sich zwar — nach der herrschenden Meinung — durch nachträgliche Genehmigung der Geschäftsführung den Besitz verschaffen, und zwar sollte diese Ratihabition auf die Zeit des Findens zurückwirken.[2]) Für die Zwischenzeit aber ergab sich eine eigenartige Rechtslage: der Besitz war „in suspenso." Daher ging die spätere Lehre dazu über, einen „abgeleiteten Besitz" des Finders, analog dem des Sequesters, anzuerkennen.[3])

Es ist zweckmässig, sich diese Entwickelung auch bei der Beurteilung des heutigen Rechts vor Augen zu halten. Denn die Grundsätze sind zum Teil dieselben geblieben, wenn auch die Begriffsbestimmung sich geändert hat.

Das B.G.B. führt den Gedanken durch, dass „mit dem unmittelbaren Besitz dessen, der die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, der gleichzeitige Besitz

[1]) Vgl. darüber Delbrück S. 24.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp I § 155 Anm. 10 a.

[3]) Vgl. insbesondere Dernburg, Pand. I § 173 a. E. Auch Ihering (S. 422 ff.) betrachtet den Finder als Besitzer, freilich aus anderen Gründen als die herrschende Meinung. Dagegen Windscheid-Kipp I § 149 Anm. 7, a. E. und Cit. Siehe auch Spornberger § 7—11

eines anderen vereinbar ist, der dem unmittelbaren Besitzer gegenüber die Stellung eines Besitzherrn einnimmt.“[1])

Diese „Spaltung“ der tatsächlichen Gewalt in unmittelbaren und mittelbaren Besitz tritt nach § 868 dann ein, wenn jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer „oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist,“ besitzt.

Es erhebt sich die Frage, was das Gesetz mit einem „ähnlichen“ Verhältnisse bezeichne, und ob insbesondere die Beziehung des Finders zum Verlierer unter diesen Begriff falle. Das Oberlandesgericht Hamburg[2]) hat in einem Urteile ausgeführt: Der Verlierer bzw. der Empfangsberechtigte könne in der Tat dadurch mittelbaren Besitz erlangen, dass ein Geschäftsführer ohne Auftrag, und zwar ein Finder, den unmittelbaren Besitz für ihn erwürbe. Denn das Gesetz stelle die Entscheidung über die Frage der Aehnlichkeit des Verhältnisses darauf ab, dass der Schuldner dem Gläubiger gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt sei.

Demgegenüber ist zu sagen: wenn das tertium comparationis nichts anderes wäre als das zeitweilige Recht zum Besitze, so hätte das Wort „ähnlich“ überhaupt keine Bedeutung. Dann hätte die Vorschrift lauten können: „Wenn ein Besitzer einem andern gegenüber . . . zum Besitze berechtigt . . . ist, so ist auch der andere Besitzer“, und man hätte sich die Aufzählung der Beispiele für ein „ähnliches“ Verhältnis erspart. Die Fassung des § 868 hat offenbar den Sinn, den Be-

[1]) Gierke II S. 218.

[2]) in Seuffert's Archiv Bd. 59 Nr. 104. Aehnliche Ansichten vertreten Dernburg B. R. III § 20 S. 64, Windscheid-Kipp I S. 698 u. a.

griff des mittelbaren Besitzes auf einen engeren Kreis von Fällen zu beschränken. Das ist heute auch die herrschende Meinung.[1]) Nicht jeder obligatorische Anspruch auf Herausgabe der Sache genügt, um den Berechtigten zum mittelbaren Besitzer zu machen; es ist vielmehr erforderlich, dass der unmittelbare Besitzer seinen Besitz auf Grund eines bestimmten Rechtsverhältnisses von dem anderen — dem mittelbaren Besitzer — ableitet.

Die Richtigkeit dieser Ansicht wird auch durch die Entstehungsgeschichte des § 868 bestätigt. Es herrschte innerhalb der II. Kommission[2]) Einigkeit darüber, dass ein Beauftragter, der zwar in Ausführung des Auftrags aber doch in eigenem Namen den Besitz einer Sache erworben habe, dem Auftraggeber nicht den Besitz vermittele, — obgleich er doch ohne Zweifel zur Herausgabe verpflichtet ist. Man wollte — nach dem Zeugnis der Protokolle — nur bestimmen, „dass, wenn jemand auf Grund eines zwischen ihm und einem andern bestehenden Rechtsverhältnisses . . . eine Sache besitze, zu Gunsten des andern gewisse Folgen eintreten sollten."

Dieses wesentliche Merkmal des mittelbaren Besitzes liegt aber zweifellos nicht vor, wenn ein Finder eine verlorene Sache an sich nimmt. Denn er besitzt die Sache nicht auf Grund eines Rechtsverhältnisses, sondern umgekehrt: das Rechtsverhältnis, welches zwischen ihm und dem Verlierer bzw. Empfangsberechtigten besteht, beruht erst auf seiner Besitzergreifung.[3]) Daher kann

[1]) Vgl. Strohal S. 19, Endemann II S. 126, Planck, Erl. 2 b zu § 868, Biermann, Erl. 2 zu § 868, Crome III S. 31, Gierke II S. 219 u. a.

[2]) Vgl. Mugdan III S. 515.

[3]) Auf diese Weise wird m. E. der Gegensatz am besten ausgedrückt.

Nicht unbedingt richtig ist es, wenn Spornberger (S. 59)

man auch nicht sagen, er leite seinen Besitz von einem der Empfangsberechtigten ab. Es liesse sich auch unter Umständen gar nicht entscheiden, welchem von den möglichen Empfangsberechtigten er den Besitz vermitteln sollte.[1])

Die Bestimmung des § 868 B.G.B. kann also auf den Fund nicht angewandt werden. Das gilt auch dann, wenn der Finder den Verlierer kennt.[2]) Dieser Umstand vermag an seiner Rechtsstellung nichts zu ändern;[3]) er verschafft insbesondere dem Finder keine Vertretungsmacht. Gewiss sind — wie Strohal (S. 24) ausführt — „Fälle denkbar, wo der Finder, indem er die gefundene Sache in Besitz nimmt, zugleich auch als Vertreter des Verlierers oder eines sonstigen Empfangsberechtigten handelt, so z. B. wenn der Finder etwa vom Verlierer zum Aufsuchen und Ergreifen der verlorengegangenen Sache beauftragt . . . ist. Unter solchen Umständen würde der Finder durch seine Besitzergreifung allerdings auch demjenigen Empfangsberechtigten, für welchen er handelt, . . . mittelbaren Besitz verschaffen.“ Demgegenüber ist aber zu bemerken, dass in einem solchen Falle kein Fund im Rechtssinne mehr vorliegt! Der Begriff des Fundes setzt — wenn dies auch im Gesetze nicht besonders ausgedrückt ist — eine Geschäftsführung ohne Auftrag voraus.[4]) Wenn da-

---

sagt, es fehle beim Funde an einem „konkreten Verpflichtungsverhältnis.“

Auch darin, dass der Finder die Sache nicht von dem Verlierer erhalten hat, liegt noch kein strikter Beweis für unsere Ansicht Vgl. Planck, Erl. 3 a zu § 868.

[1]) Vgl. Strohal S. 25 Anm. 30.

[2]) Das Gegenteil behauptet Crome (III S. 33).

[3]) Die gegenteilige Ansicht wäre auch praktisch nicht wohl durchführbar. Wie sollte man z. B. den Fall entscheiden, dass der Finder bloss eine Vermutung hegt oder dass er etwa irrtümlich den Eigentümer für den Verlierer hält, etc.?

[4]) Vgl. Biermann, Erl. 5 zu § 965.

gegen der Finder als Vertreter des Verlierers handelt, so erwirbt er persönlich keine Rechte und Pflichten durch den Fund. Der Fall ist rechtlich so anzusehen, als hätte der Verlierer die Sache selbst wiedergefunden:[1]) Der Vertreter kann also beispielsweise weder von dem Vertretenen noch von einem andern Empfangsberechtigten einen Finderlohn fordern. Seine Rechte und Pflichten bestimmen sich lediglich nach Massgabe des ihm von dem Verlierer erteilten Auftrags.[2])

Man gelangt demnach zu dem Ergebnisse, dass durch den Fund niemals ein mittelbarer Besitz des Verlierers entsteht. Der redliche Finder nimmt heute — wie schon nach gemeinem Recht — eine Sonderstellung ein: Er ist zwar Fremdbesitzer aber dennoch alleiniger Besitzer der Fundsache;[3]) es fehlt vorläufig jeder Eigenbesitz.[4]) —

---

[1]) Vgl. oben S. 32.

[2]) Dagegen wäre es möglich, dass ein mittelbarer Besitzer die Rechtsstellung des Finders erlangte. Z. B.: A hat gehört, dass X eine Sache verloren hat, und beauftragt den B, sie zu suchen. Wenn dann B die Sache findet und sie als Vertreter des A an sich nimmt, so hat nicht B sondern A als Finder zu gelten. —

[3]) Freilich wäre es möglich, dass ihm noch ein Unterbesitzer gegenüberstände, z. B. ein Verwahrer, dem er die Sache übergeben hätte.

Wenn er dagegen die Sache an die Polizeibehörde abliefert, so wird man annehmen können, dass sein Besitz völlig erlischt. Brückmann (S. 354) behauptet zwar, darin liege „ein rein privates Depositium"; das ist aber wohl nicht richtig. Denn erstens wird der Finder durch die Ablieferung von allen seinen Verpflichtungen befreit, und zweitens hat die Polizeibehörde u. Umst. das Recht, die Sache versteigern zu lassen (vgl. Planck, Erl. 1 zu § 967 u. Erl. 2 zu § 975) — zwei Rechtssätze, die sich mit der Natur des Verwahrungsvertrages schwerlich vereinigen lassen.

[4]) Freilich ist der Fund das einzige Beispiel für eine solche Rechtslage. Vgl. Gierke II S. 219 Anm. 39. —

Dagegen ist der unredliche Finder zwar auch alleiniger Besitzer, aber zugleich Eigenbesitzer.

§ 7.

Die bisherige Untersuchung behandelte den Tatbestand des Fundes. Unter Anwendung der Lehren des Besitzrechts sind die Voraussetzungen festgelegt worden, welche vorliegen müssen, wenn die besonderen Rechtsverhältnisse eintreten sollen, welche das Gesetz in den Bestimmungen über den „Fund“ normiert.

Wenn jemand „eine verlorene Sache findet und an sich nimmt“ — und zwar in dem zuvor dargelegten Sinne —, so entsteht als erste rechtliche Folge ein gesetzliches Schuldverhältnis[1]) zwischen dem Finder und denjenigen Personen, die das B.G.B. als „Empfangsberechtigte“ bezeichnet; und zwar sind die primären Ansprüche — gleichsam die actiones directae — die der Empfangsberechtigten gegen den Finder. Diese Ansprüche sollen im folgenden eine nähere Betrachtung finden, da auch hierbei der Besitz eine massgebende Rolle spielt. Es handelt sich hauptsächlich um die Verpflichtungen des Finders zur Anzeige und Verwahrung;[2]) hinzu tritt die Herausgabepflicht, die indessen — wie später zu beweisen sein wird — keine eigentlich fundrechtliche ist.

Dass die genannten Ansprüche in der Tat den „Empfangsberechtigten“ zustehen, darüber herrscht kein Zweifel. Zwar nennt das Gesetz dieselben lediglich als Subjekte des Herausgabeanspruchs;[3]) man kann

---

[1]) Gleichwohl behandelt das B.G.B. den Fund in seinem III. Buche, weil — nach den Worten der Motive (Mugdan S. 208) — die ordnungsmässige Erfüllung des Schuldverhältnisses durch den Finder zu den Voraussetzungen für dessen Eigentumserwerb gehört.

[2]) B.G.B. § 965 und 966 I. Siehe aber auch § 966 II und 967!

[3]) B.G.B. § 969: „Der Finder wird durch die Herausgabe . . . den . . . Empfangsberechtigten gegenüber befreit.“

aber nicht annehmen, dass das Gesetz in dieser Beziehung einen Unterschied zwischen den einzelnen Ansprüchen hätte machen wollen. Zu einer solchen Annahme findet sich auch in der Entstehungsgeschichte des Fundrechts nicht der geringste Anhaltspunkt.[1])

Die Frage, **welche** Personen empfangsberechtigt **sind**, wird von den Vorschriften über den Fund nicht entschieden, sondern muss nach allgemeinen Grundsätzen beantwortet werden. Es liegt auf der Hand, dass jemand nicht schon darum empfangsberechtigt ist, weil die Sache „den mutmasslichen Absichten des Verlierers entsprechend" an ihn abzuliefern wäre. Wenn daher jemand ein adressiertes Kuvert mit Geldinhalt findet, so ist der Adressat nicht schon auf Grund dieses Umstandes als Empfangsberechtigter zu betrachten.[2]) Das würde selbst dann gelten, wenn der Dritte gegen den Verlierer einen obligatorischen Anspruch auf Uebergabe der Sache hätte; denn ein solches persönliches Forderungsrecht berührt den Finder nicht.[3]) Es müssen vielmehr Herausgabeansprüche vorliegen, die gegenüber dem Finder als solchem, und zwar in seiner Eigenschaft als **Besitzer** der Sache, wirksam sind. Dazu gehören zunächst die Ansprüche aus dem Eigentume oder einem anderen dinglichen Rechte wie Niessbrauch und Pfandrecht, ferner der petitorische Anspruch aus früherem

[1]) Im Gegenteil! Es heisst in der Denkschrift (Mugdan III S. 976): „Durch die Benachrichtigung eines Empfangsberechtigten genügt der Finder seiner **Verpflichtung gegenüber allen.**"

[2]) Dies führt auch mit Recht das O.-L.-G. Hamburg (Seuffert's Archiv Bd. 59 Nr. 104) aus. (Dass in dem hier entschiedenen Falle die Fundsache gleichwohl dem Adressaten zugesprochen wird, beruht auf anderen Gründen).

[3]) Es ist daher bedenklich, wenn **Crome** (III S. 385 Anm. 18) sagt, Empfangsberechtigter sei „ein dinglich oder obligatorisch Berechtigter."

Besitze.[1]) Empfangsberechtigter ist demnach jeder, der dem Finder ein besseres Recht auf den Besitz[2]) entgegenhalten kann.

Der Nachweis des unfreiwilligen Verlustes wird daher in der Regel genügen, um dem Verlierer, auch wenn ihm kein dingliches Recht zusteht, einen Anspruch auf Herausgabe zu gewähren. Es gibt aber auch Fälle, wo ein wirksamer Anspruch des Verlierers nicht besteht, nämlich dann, wenn derselbe gar nicht Besitzer der Sache war oder den Besitz bösgläubig erworben hatte,[3]) — wenn er also z. B. die Sache als Besitzdiener oder als Dieb inne hatte. In solchen Fällen würde unter Umständen der Finder durch Herausgabe der Sache an den Verlierer den wirklichen Empfangsberechtigten gegenüber nicht befreit; er wäre vielmehr zu einer Legitimationsprüfung verpflichtet. Dies war in der Tat der Standpunkt des I. Entwurfs zum B.G.B.[4]) Dagegen entschied die II. Kommission:[5]) „Der Finder brauche die rechtlichen Beziehungen Dritter zur Fundsache nicht in Betracht zu ziehen, weil diese durch den Fund nicht berührt würden; der Finder brauche nur dasjenige Verhältnis wieder herzustellen, welches bestand,

[1]) Vgl. B.G.B. § 985, 1065, 1227, 1007. Siehe auch Motive (Mugdan III S. 209). — Nach Planck (Erl. 2 a α zu § 965) kommt auch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812) in Betracht. Dem wird zuzustimmen sein, wenngleich die Möglichkeit einer Konkurrenz des Bereicherungsanspruchs mit anderen Ansprüchen in der Literatur bestritten ist (Vgl. Planck II S. 577 f.). Praktischen Wert hat die Frage für unseren Fall nicht; denn jeder wird den Beweis der Bereicherung scheuen, wenn andere Ansprüche ihn leichter zum Ziele führen.

[2]) Vgl. über diesen Begriff Strohal S. 41.

[3]) B.G.B. § 1007 III.

[4]) Vgl. Motive (Mugdan III S. 209).

[5]) Vgl. Protokolle (Mugdan III S. 658).

ehe der Verlust eintrat". Aus dieser Erwägung ist die Vorschrift des § 969 B.G.B. hervorgegangen, welche lautet:

> „Der Finder wird durch die Herausgabe der Sache an den Verlierer auch den sonstigen Empfangsberechtigten gegenüber befreit".

Wenngleich der ursprüngliche Zweck dieser Vorschrift durch ihre Entstehungsgeschichte klar bewiesen wird, so gibt doch ihre Ausdrucksweise Anlass zu grossen Bedenken. Indem das Gesetz von dem Verlierer und den sonstigen Empfangsberechtigten spricht, zählt es den Verlierer schlechthin zu den Empfangsberechtigten. Daraus folgt bei wortgetreuer Interpretation, dass jeglicher Verlierer nicht nur zu Gunsten des Finders als Empfangsberechtigter zu gelten habe, sondern wirklich Empfangsberechtigter sei, also ein tatsächliches Forderungsrecht gegen den Finder habe. Gleichwohl lässt sich m. E. diese Anschauung nicht aufrecht erhalten; denn sie führt zu Resultaten, die dem Sinne des Gesetzes sichtlich widersprechen.

Planck (Erl. zu § 969) sucht die Schwierigkeit zu vermeiden, indem er annimmt, „dass ein Besitzdiener als solcher niemals Verlierer im Sinne des § 969 ist."[1] Denn — so etwa führt er aus —: da der Verlierer Empfangsberechtigter sein soll, der Besitzdiener aber nicht Empfangsberechtigter ist, so kann der Besitzdiener auch nicht Verlierer sein![2] Diese Auslegung ist indessen

[1] Dieselbe Schlussfolgerung müsste Planck konsequenter Weise auch für den Dieb ziehen; denn auch dieser hat keinen wirksamen Anspruch auf Herausgabe.

[2] Ebenso im Ergebnis Gierke (II S. 535 bei Anm. 50). Nach seiner Lehre ist ja der Begriff des „Verlierens" identisch mit dem des Besitzverlustes, und wie er jede Sache, die irgendwie (ohne herrenlos zu werden) ausser Besitz gelangt ist, als „verlorene" bezeichnet (vgl. oben S. 6 Anm. 3), nennt er auch nur einen früheren Besitzer „Verlierer".

von verschiedenen Gesichtspunkten aus anfechtbar — und zwar zunächst aus sprachlichen Gründen. Angenommen, einem Diener sei auf der Strasse eine Ware, die er für seinen Herrn eingekauft hat, aus der Tasche gefallen. Würde man in einem solchen Falle einen Laien fragen, wer die Sache verloren habe, bezw. wer der Verlierer sei, so würde derselbe unbedenklich antworten: der Diener![1])

Dies würde freilich bedeutungslos sein, wenn sich aus der Entstehungsgeschichte des § 969 beweisen liesse, dass die Terminologie des Gesetzes von dem gewöhnlichen Sprachgebrauche abweichen solle. Die Protokolle der II. Kommission beweisen aber das Gegenteil! Es ergibt sich sogar, dass der Fall des Verlustes durch einen Besitzdiener gerade den Anlass zur Aufstellung des § 969 geboten hat.[2]) Und in der Tat: wollte man nur denjenigen Verlierer, dem ein Herausgabeanspruch zusteht, als Verlierer im Sinne von § 969 gelten lassen, so hätte diese Vorschrift überhaupt keine Bedeutung. Denn die Empfangsberechtigten stehen dem Finder als Gesamtgläubiger gegenüber, und es ergibt sich schon aus § 428 B.G.B., dass der Finder an jeden von ihnen mit befreiender Wirkung leisten kann.

Der Finder aber müsste — wenn man die Ansicht Planck's durchführte — immer zunächst prüfen, ob der scheinbare Verlierer, den er vor sich hat, auch wirklich ein Verlierer im Sinne des Gesetzes, also ein empfangsberechtigter Verlierer, sei. Es würde also das erreicht, was gerade vermieden werden soll. Soll die Vorschrift des § 969 überhaupt einen Zweck haben, so kann es nur der sein, dem Finder die Prüfung der Empfangsberechtigung zu erlassen. Es ist demnach

[1]) Vgl. oben S. 10.

[2]) Mugdan III S. 658. — Planck erkennt auch an, dass er sich mit seiner Ansicht in Widerspruch zu den Prot. setzt.

daran festzuhalten, dass es „Verlierer“ gibt, denen nach den allgemeinen Grundsätzen ein Herausgabeanspruch nicht zusteht.

Will man gleichwohl den Satz, dass der Verlierer unter allen Umständen Empfangsberechtigter sei, aufrecht erhalten, so bliebe nur die Annahme möglich, dass der Verlierer eben durch die Vorschrift des § 966 einen Anspruch erhalten hätte.[1]) Es zeigt sich aber, dass diese Auffassung sich ebensowenig wie die von Planck vorgeschlagene mit einer vernünftigen Interpretation des § 969 vereinigen lässt.

In manchen Darstellungen des Fundrechts[2]) wird neben den Verpflichtungen des Finders zur Anzeige und Verwahrung etc. auch die Herausgabepflicht als Folge des Fundes aufgezählt. Gleichwohl würde man im Gesetze vergebens nach einer Vorschrift suchen, die etwa lautete: „Der Finder hat die Sache dem Verlierer herauszugeben.“[3]) Es besteht vielmehr nur die Vorschrift des § 969, welche den Herausgabeanspruch nicht etwa statuiert sondern voraussetzt. Dieser Anspruch beruht also nicht auf dem Fundrecht; er ist auch in seinen Voraussetzungen nicht an den Fund gebunden.[4]) Der

[1]) Diese Vorstellung ist anscheinend die herrschende, wenngleich sie in der Literatur nicht mit der genügenden Schärfe ausgedrückt ist. Vgl. insbesondere Biermann Anm. 2 zu § 965. Man pflegt zu sagen: „Der Verlierer gehört kraft gesetzlicher Bestimmung zu den Empfangsberechtigten“.

[2]) Vgl. Crome III S. 385 f., Gierke II S. 535 u. a. Diese irreleitende Fassung wird offenbar mit Bewusstsein vermieden von Buhl (§ 10, 3). Siehe aber auch die Denkschrift (Mugdan III S. 977.)

[3]) Eine solche Vorschrift wäre denkbar. Der Verlierer hätte dann in der Regel die Wahl zwischen dem fundrechtlichen Anspruche und der Vindikation etc.

[4]) Der Kläger braucht also z. B. nicht zu beweisen, dass die Sache eine „verlorene“ gewesen sei. (Man denke an den oben S. 21 besprochenen Fall.)

§ 969 hat nur den Zweck, die allgemeinen Herausgabeansprüche für den Fall des Fundes zu beschränken, indem er die Erfüllung erleichtert.

Man kann unmöglich daraus, dass das Gesetz beiläufig von „sonstigen Empfangsberechtigten“ spricht, einen Anspruch des Verlierers konstruieren, der sonst im Gesetze keine Grundlage findet. Hätte der Gesetzgeber die Absicht gehabt, dem Besitzdiener u. a. einen solchen singulären Anspruch zu verleihen, so hätte er denselben ausdrücklich formuliert. Es wäre eine durchaus verfehlte Art der Auslegung, aus den Worten einer derartigen Vorschrift Rechtsnormen herauszulesen, deren Aufstellung dem Gesetzgeber offenbar gänzlich ferngelegen hat. Es mag noch erwähnt werden, dass auch in den Materialien zum B.G.B. nirgends eine solche Absicht zum Ausdruck kommt. Es ist ausschliesslich davon die Rede, dass der Verlierer zu Gunsten des Finders als Empfangsberechtigter „zu gelten habe“.[1])

Man gelangt also zu dem Ergebnis, dass man weder mit Planck den Begriff des „Verlierers“ auf die Fälle, wo der Verlierer empfangsberechtigt ist, beschränken, noch andererseits den Begriff des „Empfangsberechtigten“ auf alle Verlierer schlechthin ausdehnen kann: der Begriff des Empfangsberechtigten umfasst den des Verlierers nicht; sondern die beiden Begriffe verhalten sich wie zwei sich schneidende Kreise.

Daraus folgt allerdings, dass der Text des § 969 B.G.B. zwar auf die Mehrzahl der Fälle passt, nicht aber auf alle! Und zwar passt die Ausdrucksweise gerade auf diejenigen Fälle nicht, für welche die Vorschrift geschaffen worden ist. Denn eben dann, wenn der Verlierer gar keinen Herausgabeanspruch hat, wird der Finder durch die Herausgabe an ihn nicht „auch

[1]) Vgl. Protokolle (Mugdan III S. 658). Siehe auch unten S. 48 Anm. 1.

den sonstigen" Empfangsberechtigten, sondern eben nur den Empfangsberechtigten gegenüber befreit.[1])

Der Begriff des Empfangsberechtigten ist nunmehr festgestellt und zugleich erwiesen, welche Stellung in den durch den Fund begründeten Verpflichtungen des Finders der Verlierer, soweit er nicht empfangsberechtigt ist, einnimmt: er ist gleichsam ein gesetzlicher solutionis causa adiectus.[2]) Er hat persönlich kein Forderungsrecht; aber der Finder kann sich durch die Leistung an ihn dem Berechtigten gegenüber befreien.

Indem das Gesetz bestimmt, dass die Anzeige und die Herausgabe an den Verlierer erfolgen könne, wird aber dem Finder nicht allein eine Legitimationsprüfung erlassen, sondern: auch wenn er weiss, dass der Verlierer keinen Anspruch hat, z. B. bloss ein Besitzdiener ist, darf er die Leistung an ihn bewirken.[3]) Auch wird —

[1]) Es ist bemerkenswert, dass sich der unkorrekte Wortlaut des jetzigen § 969 in den Prot. (a. a. O.) noch nicht findet, sondern dort heisst es: „Um den vorstehend entwickelten Gedanken zum Ausdrucke zu bringen, genüge es, zu bestimmen, dass der Finder sich durch Herausgabe der gefundenen Sachen an den Verlierer von den ihm . . . obliegenden Verpflichtungen befreien könne." Leider haben es sich anscheinend die Redaktoren nicht damit ‚genügen" lassen.—

Später hat man den Ausdruck „Verlierer . . . und sonstige Empfangsberechtigte" auch in den § 965 I aufgenommen. Hier wäre es allerdings möglich, das Wort „sonstige" nur auf den „Eigentümer" zu beziehen. (Vgl. Mugdan III S. XXVII.)

[2]) Vgl. Motive (Mugdan III S. 209). Was schon nach dem I. Entw. für die Anzeigepflicht galt, gilt jetzt nach § 969 auch für die Herausgabepflicht.

[3]) Mit Unrecht sagt Gierke (II S. 535 Anm. 50): wenn der Finder wisse oder ohne grobes Verschulden wissen müsste, dass der Verlierer kein Recht auf den Besitz habe, werde er durch die Herausgabe der Sache an ihn nicht entlastet. Dagegen hat die II. Kommission (Mugdan III S. 658) den Satz der Motive, „dass regelmässig nur der zum Besitze der Sache Berechtigte, nicht aber

wie Planck (zu § 969) mit Recht bemerkt — „die Entscheidung, ob der Finder befreit wird, nicht davon abhängig gemacht werden können, ob er zur Zeit der Ablieferung das Fortbestehen des Besitzdienerverhältnisses annehmen konnte oder nicht.“ Denn der Besitzdiener, dem die ihm anvertraute Sache verloren geht, ist „Verlierer“ im Sinne des Gesetzes, und hieran kann die nachträgliche Aufhebung seines Verhältnisses zum Besitzherrn nichts ändern.

Eine andere Frage ist es, ob der Finder durch die Auslieferung der Sache an den Verlierer auch dann befreit wird, wenn diese Handlung sich als ein Delikt darstellt.[1]) Dies ist ein Problem, welches nicht speziell dem Fundrecht angehört, sondern welches z. B. in ähnlicher Weise zu Tage tritt, wenn ein Schuldner die in einem Inhaberpapiere verschriebene Leistung an einen unbefugten Inhaber bewirkt. Es mag daher hier bloss bemerkt werden, dass nach den Prot. der II. Kommission (a. a. O.) die Befreiung dann unterbleiben soll, wenn der Tatbestand einer Begünstigung vorliegt. Man wird wohl allgemeiner sagen können, dass der Finder stets haftbar bleibt, wenn er durch die Herausgabe gegen ein „Schutzgesetz“ verstösst oder einen Empfangsberechtigten „in einer gegen die guten Sitten ver-

---

der Verlierer schlechthin als Empfangsberechtigter zu gelten habe“, ausdrücklich zurückgewiesen! Es handelt sich um ein Recht des Finders, nicht nur um einen Schutz seines guten Glaubens.

[1]) Man denke an den Fall, dass der Verlierer ein Dieb gewesen wäre und der Finder dies wüsste (vgl. Planck und Biermann, Erl. zu § 969 a. E.). — Das Gleiche müsste wohl auch dann gelten, wenn es dem Finder bekannt ist, dass der Verlierer — mag er nun Besitzdiener oder etwa unmittelbarer Besitzer gewesen sein — die Absicht hat, die Sache zu unterschlagen.

Im ersteren Falle würde sich der Finder einer Begünstigung, im letzteren einer Beihilfe zur Unterschlagung schuldig machen.

stossenden Weise“ vorsätzlich schädigt.[1]) Freilich dürfte es richtiger sein, in derartigen Fällen die ursprüngliche Schuld erlöschen zu lassen und dem Schuldner die deliktische Ersatzpflicht aufzuerlegen.[2])

§ 8.

Die bisherige Untersuchung betraf die Personen, die bei dem durch den Fund begründeten Schuldverhältnisse beteiligt sind. Wir haben den Verlierer kennen gelernt als den letzten Inhaber der verlorenen Sache, dem sie ohne seinen Willen aus dem Gewahrsam entkam — ferner den Finder als den alleinigen Besitzer der Sache — endlich den Empfangsberechtigten als denjenigen, der nach allgemeinen Vindikationsgrundsätzen einen Anspruch auf Herausgabe gegen den Finder als den Besitzer der Sache hat. Der Herausgabeanspruch des dinglich Berechtigten bezw. des früheren Besitzers[3]) bildet daher die Grundlage für die gesamten rechtlichen Beziehungen zwischen Empfangsberechtigtem und Finder, und zwar insofern, als dieser Anspruch zum Begriffe des Empfangsberechtigten gehört.

Es soll nunmehr noch die Frage erörtert werden, wie sich der Besitz des Finders gegenüber etwaigen Schadensersatzansprüchen des Eigentümers und

---

[1]) Ueber den Unterschied zwischen § 823 II, 826 und andererseits § 823 I für die Konkurrenz von Delikts- und Eigentumsanspruch vgl. die bemerkenswerte Abhandlung von Prym (S. 86 f.).

[2]) Vgl. Planck, Biermann a. a. O., Crome III S. 387 Anm. 39. Abweichend Gierke a. a. O. Siehe aber auch Gierke II S. 173 f. und die dort angegebene Literatur.

[3]) Der Anspruch aus früherem Besitze ist von überwiegender Bedeutung. Denn da der Fund einen unfreiwilligen Besitzverlust voraussetzt, so wird die Anwendung des § 1007 B.G.B. regelmässig auch den dinglich Berechtigten zum Ziele führen, — es sei denn, dass er etwa die Sache noch gar nicht in seinem Besitze gehabt hätte. (Vgl. auch Crome III S. 399).

sonstiger Empfangsberechtigter darstellt. Denn die Ansprüche aus dem Eigentume — und ebenso die analogen Ansprüche aus Niessbrauch, Pfandrecht und früherem Besitz[1]) — richten sich zwar in erster Linie auf die Herausgabe der Sache selbst;[2]) aber unter Umständen kann der Berechtigte auch Nebenleistungen von dem Besitzer verlangen, insbesondere Ersatz des Schadens, der dadurch entsteht, dass die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann. Der Umfang dieser Ersatzpflicht ist indessen nicht konstant; er hängt vielmehr davon ab, ob es sich um gutgläubigen, bösgläubigen oder — kurz gesagt — deliktischen[3]) Besitz handelt. Es gilt, zu bestimmen, zu welcher von diesen drei Kategorien der Besitz des Finders gehört.

Praktische Bedeutung gewinnt diese Frage im Zusammenhange mit der Lehre von der Konkurrenz der Ansprüche. Denn die eventuellen Verpflichtungen des Finders zum Schadensersatz dürfen — im Gegensatze zu der Herausgabepflicht — nicht lediglich nach den

---

[1]) B.G.B. §§ 985 ff., 1065, 1227, 1007 III. Im folgenden wird indessen der Kürze halber nur von den Ansprüchen aus dem Eigentume die Rede sein.

[2]) samt Zubehör und Früchten. Die letzteren, z. B. der Wurf eines gefundenen Tieres, fallen ja regelmässig mit der Trennung dem Eigentümer bzw. Niessbraucher etc. zu — nicht aber dem Finder; vgl. B.G.B. § 953 ff.

Wie aber, wenn der Finder die Gewinnung von Früchten schuldhaft versäumt? Da das Fundrecht keine speziellen Bestimmungen für diesen Fall trifft, so könnte eine Ersatzpflicht höchstens aus der allgemeinen Regel des § 990 in Verb. mit 987 II abgeleitet werden. Hier zeigt sich schon die Wichtigkeit der zu erörternden Frage, ob der Finder gutgläubiger oder bösgläubiger Besitzer ist!

[3]) Mit diesen Namen soll der durch verbotene Eigenmacht oder strafbare erlangte Besitz bezeichnet werden, auf Grund dessen der Besitzer nach Deliktsgrundsätzen haftet: § 992 B.G.B. —

Grundsätzen der Vindikation beurteilt werden. Daher muss man zunächst eine Uebersicht gewinnen über die anderen rechtlichen Gesichtspunkte, aus denen ein Empfangsberechtigter Ansprüche gegen den Finder ableiten könnte:

In erster Linie kommen die speziellen Ansprüche des Fundrechts in Betracht. Es handelt sich hier um Verpflichtungen, die dem Finder obliegen während der Zeit zwischen dem Funde und der Herausgabe der Sache. Ein Anspruch auf Erfüllung dieser Pflichten wird daher nie gerichtlich geltend gemacht werden; der praktische Wert der betr. Vorschriften liegt darin, dass der Empfangsberechtigte nachträglich Schadensersatz verlangen kann, wenn der Finder dieselben vorsätzlich oder grobfahrlässig verletzt hat. Das gilt sowohl für die Anzeigepflicht als auch für die anderen Verpflichtungen, die das Gesetz dem Finder auferlegt, um den Empfangsberechtigten die Sache oder doch deren Wert zu erhalten.[1])

Zur Ergänzung dieser fundrechtlichen Bestimmungen können — nach der herrschenden Meinung — die allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag herangezogen werden.[2]) Bereits unter der Herrschaft des gemeinen Rechts war es allgemein anerkannt, dass der Fund ein Fall der negotiorum gestio

---

[1]) Vgl. B.G.B. § 965, 966 ff. Der Finder muss die Sache verwahren, eventuell versteigern lassen und auf Anordnung der Polizeibehörde an diese abliefern.

Eine fundrechtliche Herausgabepflicht gibt es dagegen, wie festgestellt wurde, nicht.

[2]) Vgl. Biermann (Erl. 4 zu § 965, Erl. zu § 968) u. a. — Der wichtigste Anwendungsfall ist der, dass der Finder geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Ein solcher Finder haftet — mit Anwendung des § 682 — nur nach den Grundsätzen über Delikt oder ungerechtfertigte Bereicherung.

sei.[1]) Der Finder übernimmt, indem er die Sache an sich nimmt, ein fremdes Geschäft und damit zugleich die Verpflichtung, es im Interesse des Geschäftsherrn weiterzuführen.[2]) Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Finder vielleicht aus eigennützigen Motiven handelt, nämlich mit Rücksicht auf den Finderlohn und den eventuellen Eigentumserwerb in dem Falle, dass sich kein Empfangsberechtigter meldet. Ja, selbst dann, wenn ein unredlicher Finder die Sache aufnimmt, um sie sich anzueignen, führt er ein objektiv fremdes Geschäft. Es liegt dann eine sog. unechte negotiorum gestio vor: er behandelt ein fremdes Geschäft als sein eigenes!

Grössere Schwierigkeiten als die Anwendung der Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag bietet die Frage, inwieweit das Verhalten des Finders nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen beurteilt werden darf.

---

[1]) Nur Ihering (S. 422 ff.) bestritt es; aber seine Gründe haben, jedenfalls für das heutige Recht, keine Bedeutung mehr. Vgl. Spornberger S. 54 und Cit.

[2]) Was er im einzelnen zu tun hat, ist ihm durch das Fundrecht vorgeschrieben; indessen wird er unter Umständen im Interesse einer verständigen Geschäftsführung darüber hinausgehen dürfen. Wenn z. B. jemand ein Theaterbillet kurz vor der Vorstellung findet, so dass zu einer öffentlichen Versteigerung (§ 966 II) oder auch nur zu einer Anzeige des Fundes keine Zeit mehr bleibt, so muss man ihm das Recht zuerkennen, das Billet freihändig zu veräussern; denn nur auf diese Weise kann er dem Verlierer den Wert der Fundsache erhalten. Vgl. Fischer-Henle, Erl. 3 zu § 966. U. Umst. dürfte der Finder ein solches Billet sogar verschenken oder selbst benutzen, wenn dies dem mutmasslichen Willen des Verlierers entspricht. Denn es ist für den Begriff der negotiorum gestio keineswegs erforderlich, dass der Geschäftsführer ausschliesslich Vermögensinteressen des Geschäftsherrn wahrnimmt. Vgl. Zitelmann (Ausschluss der Widerrechtlichkeit) S. 110, 128.

Es muss zunächst festgestellt werden, dass ein Verstoss gegen eine obligatorische Verpflichtung als solcher noch kein Delikt darstellt. Wenn der Finder etwa die Anzeige verzögert oder die Versteigerung einer dem Verderb ausgesetzten Sache unterlässt, so verstösst er damit zwar gegen ein Recht des Empfangsberechtigten; dieses Recht ist aber nur ein relatives,[1]) und daher ist seine Verletzung — nach der herrschenden Ansicht — kein Delikt im Sinne von § 823 I B.G.B.[2])

Andererseits ist es keineswegs ausgeschlossen, dass unter Umständen das Verhalten des Finders eine Verletzung seiner Finderpflichten und zugleich ein Delikt darstellt; dazu ist nicht einmal Unredlichkeit des Finders erforderlich: Wenn z. B. der Finder die gefundene Sache fahrlässiger Weise beschädigt, so verstösst er gegen die ihm Kraft Fundrechts auferlegte Verwahrungspflicht,[3]) zugleich aber auch gegen eine „allgemeine zwischen allen Personen bestehende Rechtsanforderung“,[4]) indem er das Eigentum als solches verletzt. Auch in einer Unterlassung kann eventl. ein Delikt liegen: nämlich dann, „wenn eine positive Handlung vorangegangen ist, die eine Fortsetzung des Tuns als pflichtmässig fordert.“[5]) Es kann keine Rede davon sein, dass etwa in derartigen Fällen die Rechtswidrigkeit der deliktischen Handlung durch die fundrechtlichen

[1]) Denn es fliesst, nicht unmittelbar aus dem dinglichen Rechte des Empfangsberechtigten sondern aus dem quasikontraktlichen Schuldverhältnis, welches der Fund begründet.

[2]) Eine ausführliche Begründung dieser Ansicht nebst umfassender Literaturangabe bietet R.-G. Bd. 57 S. 354 ff.

[3]) Denn zur Verwahrung gehört auch die Erhaltung der Sache. (Vgl. Planck, Erl. 1 zu § 966).

[4]) Crome II § 324.

[5]) Prym S. 32. Wenn z. B. jemand ein verlorenes Tier an sich nimmt und dann bei sich verhungern lässt, so liegt eine deliktische Sachbeschädigung vor, unabhängig von der Verletzung des § 966.

Vorschriften ausgeschlossen wäre.[1]) Aber selbst wenn man zugibt, dass unter Umständen das Delikt seinem Tatbestande nach gegeben ist, so erscheint es doch fraglich, ob man dem Willen des Gesetzes gerecht wird, wenn man in solchen Fällen dem Eigentümer tatsächlich den Anspruch aus § 823 I gewährt.

Denn der Finder ist — wie früher betont wurde — stets Besitzer der Sache, und darum fällt seine Handlung in erster Linie unter die speziellen Vorschriften, die das B.G.B. unter dem Titel „Ansprüche aus dem Eigentume" gibt. Diese Bestimmungen, insbesondere die §§ 987—993, „regeln selbständig und erschöpfend die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange der Besitzer dem Eigentümer . . . zum Schadensersatze verpflichtet ist. Das Bedürfnis für eine besondere Regelung ergibt sich daraus, dass die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse . . zu einer . . der Rücksicht auf den Besitzer widerstreitenden Ueberspannung des Eigentumsschutzes führen . . würde."[2]) Demnach haftet der Besitzer dem Eigentümer wegen Beschädigung oder Vernichtung der Sache nur dann

---

[1]) An eine Einwilligung oder einen Verzicht des Verlierers ist hier — im Gegensatz zu kontraktlichen Schuldverhältnissen — nicht zu denken!

[2]) Planck, Erl. zu §§ 987—993.

Wenn z. B ein Besitzer, der sich infolge geringer Fahrlässigkeit für den Eigentümer hält, die Sache absichtlich beschädigt, so ist an sich der Tatbestand des § 823 I gegeben; es liegt eine schuldhafte Verletzung fremden Eigentums vor. Betrachtet man dagegen den Vorgang nach Massgabe der §§ 985 ff., so steht dem Eigentümer kein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Besitzer zu; denn dieser ist redlicher Besitzer, sein guter Glaube wird durch seine leichte Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen, und er hat — von seinem Standpunkte aus — nichts Unrechtes getan.

Würde man in einem solchen Falle die Haftung aus Delikt eintreten lassen, so hätte die Regel, dass zum „bösen Glauben" grobe Fahrlässigkeit erforderlich ist, nur theoretischen Wert!

nach den allgemeinen Grundsätzen über unerlaubte Handlungen, wenn er den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung erlangt hat, sonst aber nur nach den den § 823 I ausschliessenden §§ 989 ff.[1]) Da aber die Voraussetzungen des § 992 beim Besitze des Finders nicht vorliegen können,[2]) so ergibt sich, dass der Finder nach Deliktsgrundsätzen überhaupt nicht haftbar werden kann: Die Konkurrenz der Eigentumsansprüche mit dem Deliktsanspruche führt zur Unwirksamkeit des letzteren; es liegt nicht eigentlich eine Anspruchskonkurrenz sondern Gesetzeskonkurrenz[3]) vor.

Es kommen also für die Haftung des Finders gegenüber dem Eigentümer praktisch nur zwei Gesichtspunkte in Betracht: erstens die fundrechtlichen Normen (mit subsidiärer Anwendung der Regeln über die negotiorum gestio), zweitens die „Ansprüche aus dem Eigentume."

Man könnte nun allerdings glauben, eine Haftung des Finders nach §§ 987 ff. sei deshalb ausgeschlossen, weil sein Besitz den Schutz des guten Glaubens geniesse und nach den genannten Bestimmungen nur der bösgläubige[4]) Besitzer haftet. Indessen fragt es sich, ob in derartigen Fällen überhaupt von einer possessio bonae fidei die Rede sein kann.

---

[1]) Vgl. Hellwig I S. 265 und neuerdings Zitelmann Anm. 24.

[2]) Dies wird später noch eingehend zu beweisen sein. (S. unten S. 65 ff.).

[3]) Dass dieser Begriff, den die Kriminalisten längst verwenden, auch für das Bürgerliche Recht von Bedeutung ist, zeigt Hellwig (Civilprozessrecht) I S. 266.

[4]) Oder der gutgläubige nach Eintritt der Rechtshängigkeit.

§ 9.

Der Begriff des gutgläubigen Besitzes wird nur verständlich, wenn man seine geschichtliche Entwickelung betrachtet.

Im römischen Rechte war — von den seltenen Fällen des abgeleiteten Besitzes abgesehen — nur derjenige Besitzer, welcher die Sache mit dem animus rem sibi habendi besass, also der „Eigenbesitzer". Daraus ergab sich für den Fall, dass der Besitzer nicht Eigentümer war, eine doppelte Möglichkeit: entweder der Besitzer glaubte in der Tat Eigentümer zu sein; dann entsprang sein animus rem sibi habendi einem Irrtum:[1]) dies war die bonae fidei possessio! Oder er wusste, dass sein Eigenbesitz der tatsächlichen Rechtslage nicht entsprach: dies war die malae fidei possessio. Im ersteren Falle konnte er, ohne sich dem wirklichen Eigentümer haftbar zu machen, mit der Sache nach Belieben verfahren; denn sein vermeintliches Eigentum gab ihm ja bezüglich der Sache ein unbegrenztes Recht. Im zweiten Falle dagegen haftete er.

Heute ist der Besitzgriff vielseitiger geworden: das B.G.B. hat jeglichen Fremdbesitz — mit Ausnahme der unselbständigen Inhabung des „Besitzhalters" — zum juristisch vollgültigen Besitz erhoben. Dieser erweiterte Besitzesbegriff bedingte eine Veränderung in der Definition des guten Glaubens. Es gab nun Besitzer, die sich zwar nicht für Eigentümer hielten, aber doch glaubten, zum Besitze, vielleicht auch zur Nutzung der Sache berechtigt zu sein![2]) Ein solcher redlicher Besitz verdiente auch einen gewissen Schutz.

Diesem Umstande hat das Gesetz auch Rechnung

---

[1]) Es muss freilich ein „justus error.", d. h. ein entschuldbarer Irrtum sein. Vgl. l. 44 pr. D. 41,3; Dernburg, Pand. I, § 194,2.

[2]) Dieser Irrtum kann auf einem Rechtsverhältnis zu einem vermeintlichen Eigentümer oder auf einem vermeintlichen Rechts-

getragen,[1]) aber — wie man wohl behaupten kann — in unzulänglicher Weise. Es bestimmt in § 990 I:

„War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er dem Eigentümer von der Zeit des Erwerbes an nach den §§ 987, 989. Erfährt der Besitzer später, dass er nicht zum Besitze berechtigt ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntnis an".

Diese Vorschrift wird ergänzt durch § 993 I:

„Liegen die in den §§ 987—992 bezeichneten Voraussetzungen nicht vor, so . . . ist er (der Besitzer) . . . nicht zum Schadensersatze verpflichtet."[2])

Nach diesen Bestimmungen wäre die Frage, ob guter oder böser Glaube vorliegt, lediglich danach zu entscheiden, ob der Besitzer sich (ohne grobe Fahrlässigkeit[3]) für zum Besitze berechtigt hält oder nicht.

Diese Ansicht ist allerdings heute als die herrschende zu bezeichnen.[4]) Indessen ist es doch höchst zweifelhaft,

---

verhältnis zum wirklichen Eigentümer beruhen. Siehe unten S. 61.

[1]) Vgl. Motive (Mugdan III S. 226 unten), Protok. (Mugdan III S. 674)

[2]) Ueber die „eigentümliche Fassung", welche „durch die Sucht, gleichzeitig die Beweislast zu regeln, verdunkelt ist", vgl. Crome III S. 408 Anm. 9 und S. 242, auch Dernburg (Bürgerl. Recht) III S 277.

[3]) Dass grobfahrlässige Unkenntnis des Rechtsmangels der Kenntnis gleichsteht, ergibt sich aus analoger Anwendung des § 932 II wo der gute Glaube mit Bezug auf die Eigentumsübertragung definiert wird.

[4]) Vgl. u. a. Endemann II S. 363, Dernburg (Bürgl. R.) III S. 353, Planck, Erl. 2a β zu § 990, Biermann, Erl. 1 zu § 990, auch Crome III S. 410.

Sehr bemerkenswert aber ist es, dass Crome da, wo er den Schutz des guten Glaubens logisch rechtfertigt, von jener Definition abweicht (S. 409: „. . . Denn es besteht für den gutgläubigen Besitzer keine Verpflichtung, die scheinbar ihm gehörige Sache

ob man mit einer solchen Definition des guten Glaubens der Billigkeit und insbesondere auch dem Sinne des Gesetzes gerecht wird. Denn folgendes ist zu erwägen: Würde man in der Tat jeden Besitzer, der sich — irrtümlich oder mit Recht — für besitzberechtigt hält, als gutgläubigen Besitzer bezeichnen, so würde man ihm damit völlige Handlungsfreiheit gewähren. Er dürfte mit der Sache nach Belieben verfahren, ohne sich dem Eigentümer nach §§ 989 ff. haftbar zu machen. Dabei wäre es gleichgiltig, ob sein Verhalten mit dem Rechte, das er vermutet, im Einklang stände oder nicht!

Auf diese missliche Konsequenz der üblichen Definition des guten Glaubens ist neuerdings in einer Schrift von Prym[1]) mit grosser Schärfe hingewiesen worden. Daselbst wird der Fall behandelt, dass „jemand sich auf Grund eines nichtigen Mietvertrages für den Mieter hält, ohne dass ihm dabei grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, und er nun beim Gebrauche die Mietsache grobfahrlässig zerstört, d. h. also durch ein auch seinem vermeintlichen Rechte widersprechendes Verhalten". Prym sieht sich zu der Behauptung genötigt, dass hier „weder Delikts-, noch Vertrags-, noch Legalhaftung" eintritt.[2])

Die Frage, ob gutgläubiger oder bösgläubiger Besitz vorliegt, wird — wie schon aus dem erwähnten Beispiele hervorgeht — hauptsächlich dann von Bedeutung, wenn zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer kein

---

zu hüten"!). Darin äussert sich bereits, dass die übliche Begriffsbestimmung mit einer richtigen Würdigung der ratio legis nicht zu vereinigen ist.

[1]) „Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung" (Berlin 1906).

[2]) a. a. O., S. 82, Anm. 2c. (Als „Legalhaftung" bezeichnet Prym die Haftung aus §§ 987 ff.; der Ausdruck ist für das heutige Recht wohl nicht angebracht.)

spezielles Rechtsverhältnis besteht. Man vergegenwärtige sich daher zunächst folgende Situation: Jemand findet eine Sache, die er — ohne grobe Fahrlässigkeit — für eine verlorene hält, und nimmt sie an sich;[1]) dann beschädigt er sie vorsätzlich. Diese Beschädigung ist auch von seinem Standpunkte aus keineswegs gerechtfertigt, und wenn er tatsächlich Finder wäre, würde er nach § 966 B.G.B. haften. Da jedoch der Tatbestand des Fundes nicht vorliegt, kann diese Vorschrift keine Anwendung finden. Aber auch der Anspruch aus dem Eigentume wäre nach dem Wortlaute des § 993 I ausgeschlossen, da der vermeintliche Finder die Sache in gutem Glauben besässe. Daraus würde sich ergeben, dass sein bloss eingebildetes Recht zum Besitze ihn mehr schützte als das wirkliche.[2])

Das ist ein Resultat, welches nicht nur dem Rechtsgefühl sondern auch der Rechtslogik widerstreitet. Um seines Irrtums willen soll der gutgläubige Besitzer geschützt werden: weil er von seinem Standpunkte aus nichts Unrechtes getan hat. Das ist der Gedanke, der seit Jahrtausenden dem Begriffe des gutgläubigen Besitzes innewohnt,[3]) und der auch die Urheber des B.G.B. beherrscht hat.[4])

---

[1]) Ob er weiss, wem sie gehört, ist gleichgiltig.

[2]) Denn wenn er Finder wäre, würde er für dolus und culpa lata haften. Weist er dagegen nach, dass er nicht einmal Finder sei, so wäre er gänzlich haftfrei!

[3]) Vgl. L. 31 § 3 D. 5,3: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est! Siehe auch Dernburg (Bürgl. R.) III S. 352 u. a.

[4]) Nur zwei Beispiele: Die Denkschr. (Mugdan III S. 978) führt aus: „Der redliche Besitzer kann nicht für Handlungen verantwortlich gemacht werden, welche er vorgenommen hat, solange er glauben durfte, zu Verfügungen über die Sache berechtigt zu sein"; und in den Prot. (Mugdan III S. 675) heisst es — speziell mit Rücksicht auf den jetzigen

Ja, man kann m. E. behaupten, dass dieses Prinzip auch im Gesetze selbst deutlichen Ausdruck gefunden hat, nämlich in der Bestimmung des § 991 II, welcher lautet:

> „War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes in gutem Glauben, so hat er gleichwohl von dem Erwerb an den im § 989 bezeichneten Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist."

Diese Vorschrift erbringt den positiven Beweis dafür, dass nicht jeder, der nach § 990 in gutem Glauben ist, dem Eigentümer gegenüber haftfrei sein soll. Freilich ist hier nur von dem Falle die Rede, dass jemand seinen Besitz von einem anderen ableitet, den er redlicher Weise für den Eigentümer bezw. Verfügungsberechtigten hält. Es kann aber — wie die oben (S. 59/60) angeführten Beispiele zeigen — auch vorkommen, dass der Besitzer zwar recht wohl weiss, wem die Sache gehört, aber insofern irrt, als er glaubt, zu diesem, dem wirklichen Eigentümer, in einem Rechtsverhältnisse zu stehen, das ihn zum Besitze berechtige.

Der I. Entw. z. B.G.B. hatte nur den ersteren Fall vorgesehen.[1]) Die II. Kommission[2]) aber erwog, „diese Beschränkung der Regelung erscheine nicht begründet", und bestimmte den Unterschied zwischen gutgläubigem und bösgläubigem Besitz einheitlich nach dem Gesichtspunkte, ob der Besitzer zum Besitz berechtigt zu sein glaubt oder nicht.

---

§ 991 II —: „nach der natürlichen Auffassung treffe den Besitzer kein Vorwurf, wenn er z. B. die gemietete Sache dem Vermieter zurückgebe."

[1]) Es ist nämlich in §§ 930 ff. des I. Entw. (Mugdan III S. XXXII f.) nur von dem Eigenbesitzer die Rede und ferner von demjenigen, der seinen Besitz von einem Nichteigentümer ableitet, — nicht dagegen von demjenigen, der sein Besitzrecht von dem wirklichen Eigentümer abzuleiten glaubt.

[2]) Mugdan III S. 674.

Aus dieser Entstehungsgeschichte erklärt es sich, weshalb der Gedanke, dass der gutgläubige Besitzer nur nach Massgabe seines vermeintlichen Rechts haftfrei sein soll, nur für den ersteren Fall zum Ausdruck gekommen ist.[1]) Wenn es aber irgendwo in der Jurisprudenz möglich ist, eine Lücke des Gesetzes im Wege der Analogie auszufüllen, so muss es hier geschehen, wo es gilt, ein unsinniges Resultat zu beseitigen! Man wird daher allgemein den Satz aufstellen müssen, dass ein Besitzer als gutgläubig nur gelten kann, sofern sein Verhalten sich in den Grenzen seines vermeintlichen Rechts bewegt.[2])

Folglich ist auch ein vermeintlicher Finder, der eine scheinbar verlorene Sache gutgläubig an sich genommen hat, dem Eigentümer verantwortlich. Zwar glaubt er in redlicher Weise, zum Besitze berechtigt zu sein; aber sein guter Glaube schützt ihn nur insoweit, als er seine vermeintlichen Finderpflichten erfüllt.[3])

---

[1]) Die Vorschrift des § 991 II beruht nämlich auf einer Anregung von Bolze, welche den I Entw. zur Voraussetzung hatte Vgl. Planck, Erl. 2 zu § 991.

[2]) Man kann also die Frage, was gutgläubiger Besitz in Bezug auf den Eigentumsanspruch sei, streng genommen gar nicht beantworten. Man kann nur von einer einzelnen Handlung des Besitzers sagen, sie sei in gutem Glauben vorgenommen: nämlich dann, wenn er sich — ohne grobe Fahrlässigkeit — zu dieser Handlung berechtigt glaubte. Wenn sich z. B. jemand für den Mieter einer Sache hält und sie durch den vermeintlich vertragsmässigen Gebrauch abnutzt, so handelt er gutgläubig: anders, wenn er sie zerstört!

Indessen wird man einen Besitzer, der sich lediglich im Interesse des Eigentümers zum Besitze berechtigt glaubt, ohne Bedenken als bösgläubigen bezeichnen können: denn er haftet ja in vollem Umfange für jede Beeinträchtigung des Eigentums.

[3]) Im Ergebnisse übereinstimmend Gierke (II S. 533 Anm. 43). Wie er aber diese Haftung konstruieren will, ist nicht ersichtlich.

Noch weniger kann m. E. von einem Schutze des guten Glaubens die Rede sein, wenn ein wirklicher Fund vorliegt. Guter Glaube ist — wie oben gezeigt wurde — die irrige Annahme eines Rechts. Hier aber besteht keine Differenz zwischen der wirklichen Rechtslage und der Vorstellung des Besitzers: Dieser glaubt zwar, zum Besitze berechtigt zu sein; aber dieses sein Recht zum Besitze liegt wirklich vor.

Andererseits weiss er, dass er nicht Eigentümer ist, sondern dass er die Sache wie ein Verwahrer hüten muss und nur im Interesse des Eigentümers auf sie einwirken oder über sie verfügen darf. Er ist in diesem Sinne ein malae fidei possessor. Wenn also „die Sache in Folge seines Verschuldens verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann," so wird er auf Grund der „Ansprüche aus dem Eigentume" ersatzpflichtig!

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch aus folgender Erwägung: Es ist allgemein anerkannt, dass der Finder verpflichtet ist, die Legitimation des Empfangsberechtigten, dem er die Sache herausgibt, zu prüfen — es sei denn, dass es sich um den Verlierer handelt, für welchen Fall das Gesetz ausdrücklich das Gegenteil bestimmt[1]) — und dass er andernfalls den wirklichen Empfangsberechtigten ersatzpflichtig wird. Auf welchem Rechtsgrunde soll aber dieser Anspruch beruhen? Der Finder ist zwar nach § 966 zur „Verwahrung" der Sache verpflichtet; aber es hiesse der Sprache Gewalt antun, wollte man aus dieser Bestimmung die Pflicht des Finders zur Legitimationsprüfung ableiten.[2]) Eine derartige Haftung des Finders

[1]) S. oben S. 43 ff. Vgl. auch Cosack (Lehrb.) II § 208, II, 2, d.

[2]) Dass es sich hier nicht um eine fundrechtliche Verpflichtung handelt, wird auch in der Literatur indirekt anerkannt, indem man

lässt sich also nur dann konstruieren, wenn man annimmt, dass er schon in seiner Eigenschaft als Besitzer dem Eigentümer für Unmöglichkeit der Herausgabe im Sinne von § 989 verantwortlich ist. Wollte man ihn dagegen lediglich als gutgläubigen Besitzer betrachten, so wäre eine Haftung undenkbar.

Hierdurch wird zugleich der praktische Wert unserer Entscheidung ersichtlich. Es zeigt sich, dass das Gesetz es nicht ausschliesslich den speziellen Vorschriften des Fundrechts überlassen hat, die Haftung des Finders zu regeln. Denn nicht allein der Anspruch auf Herausgabe der Sache selbst, sondern auch gewisse Schadensersatz-Ansprüche[1]) sind nur aus den allgemeinen Vindikationsgrundsätzen abzuleiten.

Selbstverständlich können aber die „Ansprüche aus dem Eigentume" nur insoweit geltend gemacht werden, als nicht spezielle Vorschriften des Fundrechts entgegenstehen. In dieser Hinsicht kann man sagen, dass die §§ 985 ff. — ähnlich wie die §§ 677 ff. — gegenüber den §§ 965 ff. nur subsidiäre Geltung haben.

§ 10.

Wenn bisher vom Finder die Rede war, so hatten wir in der Regel den redlichen Finder im Auge, d. h.

vielfach die Frage erörtert, ob das Haftungsprivileg des § 968 auch bezüglich der Legitimationsprüfung Geltung hätte. Vgl. Planck, Biermann, Erl. zu § 969 u. a. Würde es sich um eine Verpflichtung aus § 966 handeln, so wäre die Anwendbarkeit des § 968 selbstverständlich und bedürfte keiner besonderen Erwähnung.

Was die Entscheidung der Frage selbst angeht, so wird man — mit der herrschenden Meinung — die weitere Auslegung des § 968 vorziehen müssen. Dafür spricht die enge Verbindung, in der der Herausgabeanspruch mit den spezifisch fundrechtlichen Ansprüchen steht

[1]) Vgl. z. B. auch oben S. 51 Anm. 2.

denjenigen, der in der Absicht handelt, die Sache dem Eigentümer oder sonstigen Empfangsberechtigten wieder zuzuführen.[1]) Für den Tatbestand des Fundes ist es indessen — wie früher erwähnt wurde — ohne Bedeutung, in welcher Absicht der Finder die verlorene Sache an sich nimmt. Die Redlichkeit des Finders, die contemplatio domini, ist nicht etwa Vorbedingung für die Entstehung der fundrechtlichen Ansprüche. Es fragt sich nur, ob in der Konkurrenz der sonstigen gegen den Finder gerichteten Ansprüche durch die Unredlichkeit des Finders eine Aenderung eintritt.

Nach dem Vorbilde des römischen Rechts, welches die Haftung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer nach dem Gesichtspunkte abstufte, ob der Besitzer bonae fidei possessor, malae fidei possessor oder fur sei, stellt auch das B.G.B. neben dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Besitze noch eine dritte Art des Besitzes auf: den „deliktischen Besitz" im Sinne von § 992. Während im allgemeinen auf Handlungen des Besitzers die Deliktsnormen keine Anwendung finden,[2]) soll derjenige, der sich „den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung verschafft" hat, dem Eigentümer „nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen" haften.[3])

Es wäre also zu untersuchen, ob der Besitz des unredlichen Finders unter Umständen die Voraussetzungen des § 992 erfüllt.

Von einer Erlangung des Besitzes durch vorbotene Eigenmacht kann darum nicht die Rede sein, weil der

---

[1]) Das Motiv kann dabei natürlich egoïstisches sein, z. B. die Hoffnung auf den Finderlohn und den eventuellen Eigentumserwerb.

[2]) Vgl. oben S. 55 f.

[3]) Er ist also insbesondere für zufällige Verschlechterung der Sache verantwortlich, nach dem Grundsatze: fur semper moram facere videtur. Vgl. § 848 auch § 849 B.G.B.

Begriff des Fundes voraussetzt, dass die Sache verloren d. h. besitzfrei gewesen ist.[1]) Es käme höchstens ein Besitzerwerb durch strafbare Handlung in Betracht, nämlich dann, wenn in der Ergreifung der Sache bereits eine Unterschlagung läge. Letzteres wird indessen nur selten nachzuweisen sein. Zwar wird manchmal das spätere verhalten des Finders den Schluss erlauben, dass er von Anfang an den Willen hatte, die gefundene Sache für sich zu behalten. Aber in dieser unehrlichen Absicht allein liegt noch keine Zueignung im Sinne des St.G.B. Mit Recht sagt Wach:[2]) „Es ist eine Binsenwahrheit, dass die Gedanken zollfrei sind, dass sie dem Staate kriminalistisch bedeutungslos sein müssen, solange sie sich nicht in Taten umsetzen, die die Staatsordnung verletzen oder gefährden".

Andererseits trifft aber auch die Auffassung, es gehe bei der Fundunterschlagung „die Begründung des Gewahrsams stets der Aneignung voraus",[3]) nicht unbedingt für alle Fälle zu. U. a. hat Schütze (S. 175) ein interessantes Beispiel konstruiert, in dem sich die Aneignungsabsicht des Finders bereits bei der Besitzergreifung deutlich manifestiert und zugleich der Beweis für sein Verhalten gesichert ist: „Zwei Freunde, A. und B., welche schachspielend in einer dichten Gartenlaube sitzen, an welcher, durch einen Graben

---

[1]) Daher braucht hier auch die Streitfrage, ob die verbotene Eigenmacht allein, ohne hinzutretendes Verschulden, den Eintritt der Deliktshaftung herbeiführe, nicht erörtert zu werden. Vgl. Eck II S. 173, Crome III S. 409 Anm. 11.

[2]) Rektoratsrede S. 17. — Das Gleiche gilt mutatis mutandis auch für das Zivilrecht. Niemand kann durch blosses sog. „inneres Wollen" seinen Fremdbesitz in Eigenbesitz verwandeln. Vgl. Strohal S. 112.

[3]) Liszt (Lehrb. des D. Strafr.) S. 431 Anm. 1.

getrennt, ein öffentlicher Spaziergang vorüberführt, bemerken bei einer Pause des Spiels, dass ein Handwerker X., welcher den Weg passiert, plötzlich am Graben stehen bleibt, sich bückt, als ob er etwas aufheben wollte, da aber andere Spaziergänger sich nähern, sich schnell wieder aufrichtet und entfernt. Neugierig gemacht, schauen die Freunde in den Graben hinein und erblicken darin einen zur Hälfte sichtbaren anscheinend silbernen Teelöffel, der dahin geschwemmt sein mochte. Da es ihnen Spass macht zu beobachten, ob jener X. wiederkehren und wie er mit dem Funde verfahren werde, verhalten sie sich ruhig in ihrem Verstecke. Und ganz richtig: nach Verlauf weniger Minuten tritt X. aus einer Biegung des Weges wieder hervor, nähert sich langsam schlendernd dem Graben und zieht, nachdem er sich überzeugt, dass eben niemand in der Nähe, rasch den Löffel heraus, steckt ihn, in sein Taschentuch gewickelt, in die Rocktasche und entfernt sich schleunigst. A. und B. eilen auf den Weg hinaus, berichten das Geschehene einem Polizeidiener, X. wird noch eingeholt, der Löffel bei ihm gefunden. Er bekennt alles; Kaufmann O. legitimiert sich als Eigentümer."

Wie durch dieses Beispiel gezeigt wird, ist es tatsächlich möglich, dass gelegentlich die Aneignung bereits mit dem Augenblicke vollendet wird, in dem der Täter die Sache ergreift.

Man könnte freilich die rechtliche Frage aufwerfen, ob in einem solchen Falle eine „Unterschlagung" im Sinne des Gesetzes vorliegt; denn nach dem Wortlaute des § 246 St.G.B. setzt die Unterschlagung die Aneignung einer Sache voraus, die man bereits in seinem Gewahrsam hat. Man wird indessen diese Vorschrift ausdehnend interpretieren können, so dass als Unterschlagung „jede widerrechtliche Aneignung fremder beweglicher Sachen gilt, welcher der Besitzentwendungs-

dolus fehlt."[1]) — Aber selbst wenn man alle diese strafrechtlichen Bedenken beseitigt und annimmt, dass unter Umständen die Unterschlagung mit der Besitzergreifung zeitlich zusammenfallen kann, so ist damit m. E. doch noch nicht der Tatbestand des § 992 B.G.B. gegeben. Denn diese Vorschrift verlangt, dass sich der Besitzer den Besitz „durch eine strafbare Handlung" verschafft habe. Ist nun in einem Falle, wie Schütze ihn bildet, der Besitz wirklich durch die Unterschlagung erworben? Das wird man schwerlich sagen können! Die Unterschlagung ist hier nicht, wie es beim Diebstahle, beim Betruge, bei der Erpressung zu sein pflegt, das Mittel gewesen, sich den Besitz zu verschaffen.[2]) Es liegt vielmehr nur ein äusserliches Zusammentreffen vor, indem die Zeitdifferenz zwischen der Besitzergreifung und der Unterschlagung — mathematisch ausgedrückt — zu Null geworden ist.

Folglich kann es als festgestellt gelten, dass der Besitzerwerb des Finders unter keinen Umständen die Voraussetzungen des § 992 erfüllt. Nach dem Wortlaute dieser Vorschrift kann der Finder auch nicht etwa auf Grund einer Unterschlagung nachträglich zu einem deliktischen Besitzer werden. Eine Haftung des unredlichen Finders nach den Grundsätzen über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen ist demnach gänzlich ausgeschlossen:[3]) Ein Deliktsanspruch,

[1]) Vgl. Binding (Normen) II S. 542 ff. — Es ist freilich fraglich, ob in dieser Interpretation nicht ein Analogieschluss zum Nachteile des Delinquenten liegt, der im Strafrecht verboten ist. Vgl. gegen Binding Olshausen, Erl. 8 a zu § 246 St.G.B. (a. E.).

[2]) Umgekehrt dient die Besitzergreifung dazu, die Unterschlagung zu vollenden, wenn sich zugleich der Aneignungswille durch andere Indizien manifestiert.

[3]) Dieses Resultat entspricht freilich nicht der Billigkeit. Man denke an folgenden Fall: Jemand hat eine gefundene Sache lange

der etwa virtuell gegeben wäre, wird durch die „Ansprüche aus dem Eigentume“ verdrängt, indem die letzteren als leges speciales erscheinen. —

Der Besitz des unredlichen Finders unterscheidet sich also im wesentlichen nicht von dem des ehrlichen. Nur dass man hier noch weniger als dort von einem „gutgläubigen“ Besitze reden kann.[1]) Auch der unehrliche Finder ist, abgesehen von den speziellen Vorschriften des Fundrechts, dem Eigentümer für die Erhaltung der Sache und die Möglichkeit der Herausgabe verantwortlich:[2]) Teilt man nach dem Vorbilde des römischen Rechts[3]) den Besitz in drei Gruppen ein nach dem Gesichtspunkte, ob der Besitzer dem Eigentümer gar nicht oder nur für Verschuldung oder gar für Zufall haftet, so zeigt sich, dass der Besitz des Finders stets unter die zweite Gruppe fällt. Das gilt

---

bei sich verheimlicht; schliesslich brennt sein Haus ab, und die Sache geht dabei ohne seine Schuld zu Grunde: Nach dem B.G.B. ist er haftfrei, obgleich der Untergang der Sache doch nur eine Folge seiner Unterschlagung war. Logischer entschied auch hierin das römische Recht, nach welchem der Finder durch Unterschlagung zum fur wurde. Vgl. l. 43 § 4 D. 47,2; Spornberger S. 48 f.

[1]) Man könnte zweifeln, ob der unredliche Finder nicht schon nach dem Wortlaute von § 990 bösgläubiger Besitzer wäre; denn er setzt sich in den Eigenbesitz, während er weiss, dass er nicht hierzu, sondern nur zum Fremdbesitze berechtigt ist. Dagegen ist aber einzuwenden, dass § 990 lediglich von einer Berechtigung zum Besitze schlechthin redet; und dass der Besitzer — auch der unredliche — zum Besitze an sich berechtigt ist, wird nicht bestritten werden können.

[2]) Zur Begründung vgl. die oben § 9 erwähnten Argumente. Man denke hauptsächlich wiederum an den Fall, dass jemand eine Sache, die er bloss für verloren hält, an sich nimmt und unterschlägt!

[3]) Das B.G.B. hat, wie wir sahen, den Gesichtspunkt verschoben, indem es heute „gutgläubige“ Besitzer gibt, die gleichwohl haften. Vgl. B.G.B. § 991 II, oben S. 61.

nicht nur für den redlichen sondern ebenfalls für den unredlichen und auch für den bloss vermeintlichen Finder. Sie alle glauben, irrtümlich oder mit Recht, zum Besitze berechtigt zu sein; sie wissen aber andererseits, dass sie mit der Sache nicht nach Belieben verfahren dürfen: ihr Besitz ist in diesem Sinne eine possessio malae fidei.

Die Unterschlagung[1]) der Fundsache bleibt überhaupt ganz ohne Einfluss auf die Konkurrenz der gegen den Finder gerichteten Ansprüche. Das gilt nicht nur für das Verhältnis des Deliktsanspruches zum Eigentumsanspruche (vergl. oben S. 68 f.), sondern auch für das Verhältnis des letzteren zu den fundrechtlichen Ansprüchen. Es wurde bereits erwähnt, dass der Finder für einen durch seine Schuld entstandenen Schaden in erster Linie nach Fundrecht haftet, und dass die Ansprüche aus dem Eigentume nur zur Ergänzung herangezogen werden dürfen (oben S. 64). Der Finder geniesst u. a. den Vorzug, nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vertreten zu müssen; und dieses sein Privileg würde grossenteils illusorisch werden, könnte der Empfangsberechtigte die Tatsache des Fundes einfach ignorieren und den Finder nur unmittelbar aus seinem dinglichen Rechte haftbar machen. Dabei ist zu beachten, dass das Gesetz von vornherein zwischen redlichen und unredlichen Findern nicht unterscheidet. Wenn also z. B. ein unredlicher Finder die Fundsache leichtfahrlässig beschädigt, so haftet er nicht; denn der Satz des § 968 B.G.B. gilt auch für ihn!

In dieser Beziehung besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Fundrecht und der „Geschäfts-

[1]) Ueber den Begriff der Unterschlagung und die mannigfaltigen Formen, in denen sich eine Aneignung vollziehen kann, vgl. noch Sieveking S. 82 und Cit.

führung ohne Auftrag". Das Verhalten des unredlichen Finders entspricht zwar im wesentlichen der sogen. unechten negotiorum gestio (vgl. oben S. 53). Der negotiorum gestor aber braucht nach § 687 II nicht als solcher behandelt zu werden, wenn ihm die contemplatio domini fehlt. Das Gesetz sagt:

> „Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiss, dass er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus (der Geschäftsführung) ergebenden Ansprüche geltend machen."[1])

Diese Fassung des § 687 II besagt deutlich, dass dem Geschäftsherrn auch noch andere Ansprüche zustehen sollen: die unechte Geschäftsführung wird nur im Interesse des Geschäftsherrn anerkannt, sie soll aber kein Hemmnis für sonstige Ansprüche sein, die ihm etwa aus Delikt oder aus seinem dinglichen Rechte erwachsen.[2]) Während also der Geschäftsherr den unredlichen gestor negotii in erster Linie nach den allgemeinen Grundsätzen und — alternativ — auch nach den Regeln der Geschäftsführung haftbar machen kann, kann der Eigentümer den unredlichen Finder — ebenso wie den redlichen — nur nach Fundrecht und bloss subsidiär mit dem Eigentumsanspruche belangen.[3])

---

[1]) Dies ist derselbe Gedanke, den schon Julian ausführt, indem er sagt: Der unechte Geschäftsführer geriere zwar eigentlich sein eigenes Geschäft; „sed nihilominus, imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione." I. 6 § 3 D. 3,5.

[2]) Vgl. Hellwig I S. 268: „Der Geschäftsherr kann denjenigen, der wissentlich ein fremdes Geschäft als sein eigenes führt, entweder als Geschäftsführer behandeln oder aber die Beurteilung nach dem Regelrechte verlangen, also z. B. Schadenersatz nach . . . den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen verlangen." (Siehe auch Anm. 65 eod.)

[3]) Ohne Zweifel ist die Entscheidung des Fundrechts die weniger glückliche. Es wäre daher wünschenswert, dass man die Regeln der unechten negotiorum gestio auf den Fund anwenden

§ 11.

Zum Schlusse sollen die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung noch einmal kurz zusammengefasst werden:

Es handelte sich zunächst darum, den gesetzlichen Tatbestand des Fundes festzustellen, d. h. die Gesamtheit der Umstände, die vorliegen müssen, damit die in den §§ 965 ff. B.G.B. bezeichneten Rechtswirkungen eintreten.

Man hatte davon auszugehen, dass der Begriff des „Verlierens" kein juristisch-technischer ist, sondern der Sprache des täglichen Lebens angehört, und dass es daher, soweit das Moment der Unabsichtlichkeit in Frage steht, nicht auf die Endigung des Besitzes, sondern des Gewahrsams ankommt.[1]) Andererseits erfordert die Rechtslogik, dass nur besitzfreie Sachen als verlorene gelten und somit Gegenstand des Fundes werden können.[2]) Verloren ist also eine Sache, die unfreiwillig, und zwar ohne den Willen ihres letzten Inhabers aus dessen Gewahrsam und zugleich auch ausser Besitz[3]) gelangt ist. Daraus folgt, dass die im Sinne von § 965 B.G.B. „verlorenen" Sachen stets auch zu den „abhanden gekommenen" Sachen im Sinne der §§ 935, 1006, 1007 gehören.

---

könnte: dann hätte auch der Empfangsberechtigte gegenüber dem unredlichen Finder die Wahl, ob er seine Schadensersatzansprüche auf Grund des Fundes oder bloss nach den Regeln der rei vindicatio geltend machen wollte. Eine solche Uebertragung ist aber nicht möglich, da das Gesetz den unredlichen Finder und den unredlichen Geschäftsführer grundsätzlich verschieden behandelt.

[1]) Dies ist auch der Grundgedanke Brückmann's. (Siehe oben S. 10, vgl. aber auch oben S. 19.)

[2]) Hierin stimmen wir insbesondere mit Biermann und Gierke überein. (Siehe oben S. 13 ff.)

[3]) Darin wird stets zugleich auch ein unfreiwilliger Besitzverlust liegen; ein „Verlieren" ohne den Willen des Inhabers aber mit dem Willen des Besitzers ist nicht denkbar.

dass aber der Begriff der abhanden gekommenen Sachen der weitere ist. Aber auch der Begriff der „verloren gegangenen“ Sachen, die das Gesetz als Unterart der abhanden gekommenen Sachen zu nennen pflegt, deckt sich nicht mit dem der „verlorenen“ Sache. Zwar ist der Vorgang des Verlierens, der in beiden Fällen zugrunde liegt, der gleiche: Jede „verlorene“ Sache muss auch „verloren gegangen“ sein! Um aber Gegenstand des Findens im Sinne von § 965 zu werden, ist es erforderlich, dass die Sache auch besitzfrei geblieben, also seit dem Verluste nicht in die tatsächliche Gewalt eines Dritten gelangt sei.[1])

Erst mit dem Augenblicke, in dem der Finder die verlorene Sache „an sich nimmt“, tritt dieselbe wieder in ein Besitzverhältnis. Es wurde festgestellt, dass sich der Begriff des An-sich-nehmens völlig mit dem der Besitzergreifung deckt, und dass die scheinbaren Ausnahmen von diesem Satze in Wahrheit keine Ausnahmen sind: Jede wirkliche Besitzergreifung ist auch zugleich ein „An-sich-nehmen“;[2]) und wo es andererseits an einer Besitzergreifung mangelt, liegt auch der Tatbestand des Fundes nicht vor. Der Finder wird also unter allen Umständen Besitzer der Fundsache; diese Tatsache musste deshalb besonders betont werden, weil der Besitz des Finders die Grundlage der späteren Untersuchungen bildet. Uebrigens erlangt der Finder nicht nur den unmittelbaren sondern den alleinigen Besitz der Fundsache: Die Streitfrage, ob durch den Fund der

---

[1]) Dagegen sind die „verloren gegangenen“ Sachen, soweit sie für die §§ 935, 1006, 1007 in Betracht kommen, regelmässig nicht besitzfrei sondern zunächst in der tatsächlichen Gewalt des unrechtmässigen Veräusserers bezw. Besitzers.

[2]) Dies entspricht der Auffassung der Protokolle (Siehe oben S. 28) — im Gegensatze zu der irrigen Anschauung, man nehme eine Sache in Besitz, wenn man sie lediglich besichtigen wolle.

Eigentümer bezw. ein anderer Berechtigter den mittelbaren Besitz erlangt, ist — der herrschenden Meinung gemäss — zu verneinen. —

Nur unter diesen Voraussetzungen lässt sich das Schuldverhältnis, welches der Fund zwischen dem Finder und den Empfangsberechtigten erzeugt, richtig erklären: Empfangsberechtigter ist, wer gegen den Finder als den Besitzer der Sache einen Herausgabeanspruch hat. Dieser Anspruch bildet somit die Vorbedingung für die fundrechtlichen Forderungen; er ist aber seinerseits nicht aus dem Fundrecht sondern aus den allgemeinen Vindikationsgrundsätzen abzuleiten. Daraus ergibt sich u. a., dass der „Verlierer" — trotz dem Wortlaute von § 969 B.G.B. — nicht in allen Fällen zu den Empfangsberechtigten gehört.[1])

Die „Ansprüche aus dem Eigentume" und die analogen Ansprüche der sonstigen Empfangsberechtigten richten sich indessen nicht ausschliesslich auf die Herausgabe der Sache selbst; sondern der Besitzer kann unter Umständen auch schadensersatzpflichtig werden — je nachdem, ob es sich um gutgläubigen, bösgläubigen oder deliktischen Besitz handelt. Es fragt sich also, zu welcher von diesen drei Kategorien der Besitz des Finders gehört. Bei dieser Untersuchung zeigt es sich, dass der Begriff des gutgläubigen Besitzes, wie er im Anschlusse an das B.G.B. definiert zu werden pflegt, nicht einwandsfrei ist: Kann wirklich ein Recht zum Besitze bezw. die blosse Annahme eines solchen Rechts den Besitzer von jeder Verantwortung gegenüber dem Eigentümer befreien? Das ist eine Frage, die neuerdings in der Literatur aufgetaucht ist,[2]) und die man

[1]) Wollte man dagegen mit Planck nur Empfangsberechtigte als Verlierer gelten lassen, so hätte die Vorschrift des § 969 überhaupt keinen Sinn (vgl. oben S. 45)!

[2]) Vgl. oben S. 59.

bei richtiger Würdigung der ratio legis wird verneinen müssen. Man muss von dem Prinzip ausgehen, dass der Besitzer für jede schuldhafte Beeinträchtigung der Vindikation haftet, und dass diese Haftung nur dann fortfällt, wenn der Besitzer in gutem Glauben handelt, d. h. wenn er sich ohne grobe Fahrlässigkeit zu seinem Tun berechtigt glaubt.[1]) Daraus ergibt sich, dass der Finder nicht als gutgläubiger Besitzer zu betrachten ist, sondern dem Eigentümer für schuldhafte Unmöglichkeit der Herausgabe etc. haftet.[2]) Andererseits ist der Besitz des Finders aber auch kein deliktischer Besitz im Sinne von § 992 B.G.B.; denn auch der unredliche Finder kann den Besitz der Fundsache nicht durch verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung erlangen. — Der Wert dieser Untersuchung beruht darauf, dass die speziellen Vorschriften des Fundrechts das Rechtsverhältnis zwischen Finder und Empfangsberechtigten nicht erschöpfend regeln, sodass die allgemeineren Vorschriften der §§ 985 ff. zur Ergänzung herangezogen werden müssen.

Demgemäss regelt sich die Konkurrenz der gegen den Finder gerichteten Ansprüche folgendermassen: Der Finder haftet in erster Linie nach den Bestimmungen des Fundrechts. Daneben treten subsidiär die „Ansprüche aus dem Eigentume", während Ansprüche aus unerlaubten Handlungen überhaupt nicht zur Durchführung gelangen.

[1]) Ein ähnlicher Gedankengang findet sich bei Crome III S. 408 f.

[2]) Man kann es freilich auch so ausdrücken: der Finder sei zwar gutgläubiger Besitzer im Sinne von § 990 B G.B. — aber gleichwohl dem Eigentümer nach den Grundsätzen der malae fidei possessio verantwortlich. Ob man den Finder gutgläubigen oder bösgläubigen Besitzer nennt, ist gleichgiltig; nicht auf den Namen sondern auf den Rechtssatz kommt es an!

Literaturverzeichnis.

Biermann, Kommentar zum Sachenrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs (2. Aufl., 1903).

Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II (1877).

Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht (Berlin 1898).

Blänkner, Die rechtliche Stellung des Finders verlorener Sachen (Diss., Greifswald 1901).

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B.G.B. (1901).

Brückmann, Der Begriff der „verlorenen Sache" (Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 23 S. 322ff.).

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II. (3. Aufl.).

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II (1902), Bd. III (1905).

Delbrück, Vom Finden verlorener Sachen (Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. III, S. 1ff.).

Dernburg, Pandekten (6. Aufl.).

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. III (2. Aufl.).

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II (1904).

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II (7. Aufl).

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. II (2. Aufl.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 57.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch (6. Aufl.).

Francke, Räumlichkeiten als Orte des Verlierens und Findens (Annalen des Deutschen Reichs, 1903, Nr. 4, S. 310ff.).

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II (1905).

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch (Berlin 1898).

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I (1903).

v. Ihering, Der Besitzwille (Jena 1889).

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches (Jena 1900).

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (11. Aufl. 1902).

Mohr, Der Fund verlorener Sachen (Diss. Erlangen 1901).

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Müller, Die rechtliche Stellung des Finders (Diss. Greifswald 1904).
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (6. Aufl.).
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert, Bd. II (1900), Bd. III (1902).
Prym, Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung (Berlin 1906).
Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen (Diss., Bonn 1901).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, Bd. 6.
Schäfer, Ueber Fundrecht (Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 68, S. 1 ff).
Schütze, Zur Lehre von dem sog. Funddiebstahl und der Unterschlagung (Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N.F., Bd. II S. 155 ff.).
Seuffert's Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 59 Nr. 104.
Sieveking, Der Finder und die gefundene Sache (Diss. Erlangen 1896).
Silberschmidt, Der Fund in Privat- und Gasthäusern (Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 68, S. 109 ff.).
Spornberger, Die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache (Diss. Breslau 1905)
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. II (3. Aufl.).
Strohal, Der Sachbesitz nach dem B.G.B. (Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 38, S. 1 ff.).
Wach, Die kriminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform (Rektoratsrede, Leipzig 1902).
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I (8. Aufl.)
Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit (Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 99) 1906.